И. С. Джабадари.

СМЕРТНАЯ КАЗНЬ

ВЪ СВЯЗИ

СЪ ПРАВОМЪ НАКАЗАНІЯ.

Hominum causa omne jus constitutum est.
1. 2. Digest. de statu hom. 1, 5.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Дома Призрѣнія Малолѣтн. Бѣдн. Лиговск. ул., 26.
1895.

СМЕРТНАЯ КАЗНЬ

въ связи

съ правомъ наказанія.

И. С. Джабадари.

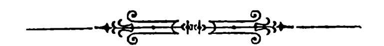
СМЕРТНАЯ КАЗНЬ

ВЪ СВЯЗИ

СЪ ПРАВОМЪ НАКАЗАНІЯ.

Hominum causa omne jus constitutum est.

l. 2. Digest. de statu hom. 1, 5.



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія Дома Призрѣнія Малолѣтн. Бѣдныхъ. Лиг. ул., д. 26.
1895.

Списокъ сочиненій, которыми пользовался авторъ при составленіи своей книги:

1) *Tarde*, Philosophie pénale, 1890.

2) *Post*, Bausteine fur eine allgem. Rechtswissenschaft, I B., 1880.

3) *Letourneau*, *L*a Sociologie d'après l'ethnographie, 2-e edit., 1884.

4) *Баронъ*, Система римскаго права, Кіевъ. 1888—1889.

5) *Frank*, Philosophie du droit pénal, 1893.

6) *Фойницкій*, Ученіе о наказаніи, Спб. 1889.

7) *Таганцевъ*, Лекціи по русскому уголовному праву Спб., 1887—88.

8) *Сергѣевскій*, Русское Уголовное Право, Спб. 1890.

9) *Мартенсъ*, Современное Международное Право, Спб. 1887—89 г.

10) *Funck—Brentano et* Alb. *Sorel*, Précis du droit des gens. 1877 г.

11) *Коркуновъ*, Русское Государственное Право, Спб. 1893.

12) *Іерингъ*, Борьба за право, Москва, 1874.

13) *Proal*, Le crime et la peine, 1892.

14) *Proal*, La criminalité politique, 1895.

15) *Chauveau* et *Hélie*, Théorie du code pénal, 1861.

16) *Binding*, Die Normen und ihre Uebertretung, erst. Band. 1872.

17) *Lombroso*, L'homme criminel, 1887.

18) *Beccaria*, Des délits et des peines, éd. *F. Hélie*, 1856.

19) *Кистяковскій*, Изслѣдованіе о смертной казни, Кіевъ, 1867.

20) *Серіьевскій*, Наказаніе въ рос. Правѣ XVII вѣка.

21) *Holtzendorff*, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, 1875.

22) *Palm*, The death penalty, 1891.

23) *Rebaudi*, La pena di morte, 1888.

24) *Бернеръ*, Смертная казнь, Спб. 1865.

25) *D'olivecrona*. La peine de mort, 1893.

I.

Неустойчивость основъ современнаго европейскаго уголовнаго права.

Каждому изъ насъ легко рѣшать такъ или иначе вопросъ о смертной казни на основаніи нашего непосредственнаго чувства возмущенія содѣяннымъ преступленіемъ или чувства состраданія къ участи преступника; но какъ трудно подыскать этимъ чувствамъ ту основу, то начало, которое на языкѣ юристовъ именуется правовымъ!

Трудность эта лежитъ прежде всего въ томъ, что самъ вопросъ о смертной казни не представляется самостоятельнымъ, независимымъ, а входитъ какъ частный въ кругъ другихъ болѣе общихъ философскихъ, нравственныхъ, общественныхъ и юридическихъ вопросовъ, пока не легко поддающихся строгому научному рѣшенію. Такъ, прежде всего вопросъ этотъ находится въ тѣснѣйшей связи съ ученіемъ о наказаніи вообще, этой первой основой всего уголовнаго права, которое не находитъ пока одного общаго объединяющаго принципа различнымъ борющимся въ наукѣ доктринамъ

и переживаетъ нынѣ несомнѣнно тяжелый кризисъ. Существованіе этого кризиса не только въ наукѣ, но и въ жизни констатируютъ въ одинъ голосъ и криминалисты—философы и юристы—практики.

«Родъ лихорадочнаго состоянія, говоритъ Тардъ, которое волнуетъ нынѣ уголовное право, подобно смущенію въ сферѣ экономической и волненіямъ политическимъ нашего времени, есть ничто иное какъ одна изъ формъ проявленія великаго современнаго кризиса морали, революціи глухой и незамѣтной ни для кого, исключая развѣ нѣсколькихъ мыслителей, но болѣе чреватой неисчислимыми послѣдствіями, чѣмъ многіе знаменитые перевороты» [1]).

«Мы находимся въ эпохѣ кризиса, замѣчаетъ въ свою очередь Проаль, кризиса религіознаго, соціальнаго, моральнаго и правоваго. Всѣ эти кризисы порождены системами, построенными на противоположеніяхъ элементарнымъ истинамъ. Богъ есть зло, собственность—кража, говоритъ Прудонъ, а за нимъ свободные мыслители и анархисты; честность это полезность; нравственность—результатъ, утилитарнаго опыта, собираемаго и передаваемаго по наслѣдству, прибавляютъ дарвинисты, эволюціонисты, утилитаристы. Почему же не сказать послѣ этого преступникъ—это судья» [2]).

---

[1]) *Tarde*, Philosophie pénale, Considérat. gener., chap. I. 1890.

[2]) *Proal*, Le crime et la peine, p. 1, Paris, 1892.

Оба эти писателя, хотя и смотрятъ на кризисъ, переживаемый европейскимъ правомъ подъ нѣсколько различнымъ угломъ зрѣнія, но тѣмъ не менѣе согласны въ томъ, что причина его коренится въ расшатанности общаго міровоззрѣнія, въ отсутсвіи общепризнаннаго, непреложнаго, философскаго, религіознаго и нравственнаго критерія въ наукѣ и жизни. Другіе писатели не довольствуются констатированіемъ кризиса, а идутъ еще дальше; такъ, Барни, Фулье и Гюйо совсѣмъ не признаютъ за обществомъ право наказывать [1]). Профессоръ Бошэ въ предисловіи къ труду Доливекрона [2]) признаетъ вопросъ о смертной казни однимъ изъ наиболѣе важныхъ, какіе могутъ занимать философа и законодателя и замѣчаетъ при этомъ: «было бы логичнѣе со стороны защитниковъ отмѣны смертной казни отрицать всякое право наказанія, такъ-какъ и свобода столь-же драгоцѣнный даръ Божій, какъ и жизнь». Русскіе ученые, подвергая съ своей стороны тотъ же вопросъ всестороннему анализу, не признаютъ его рѣшоннымъ. Такъ, профессоръ Фойницкій, трактуя о правѣ наказанія говоритъ: «охраненіе нарушеннаго необходимо, иначе установившійся правопорядокъ распадется и замѣнится другимъ, но этимъ необходимость на-

---

[1]) Proal, Le crime... p. 507.

[2]) *D'olivecrona*, la peine de mort. 1893. Introduct. par Beauchet, p. XI.

казанія и основаніе права на него далеко не установлено» [1]). Равнымъ образомъ и проф. Сергѣевскій не признаетъ рѣшоннымъ вопросъ о правѣ государства наказывать; наказаніе есть также воздаяніе, месть; но это чувство, говоритъ онъ, несвойственно природѣ государства и не только упраздняется въ немъ, но становится преступнымъ; [2]) и далѣе продолжаетъ: «сознаніе полной неудачи всѣхъ этихъ многочисленныхъ попытокъ основать право государства наказывать, вызвало въ наше время во-первыхъ, сильное недовѣріе ко всякимъ теоріямъ наказанія, во вторыхъ, отрицательное отношеніе къ самому вопросу—если можно такъ выразиться, отчаяніе въ возможности разрѣшить его» [3]) Это отчаяніе формулоровалъ уже въ 1867 году профессоръ Кистяковскій; трактуя о смертной казни, онъ говоритъ: «возобновлять вѣчный и безполезный споръ о справедливости и несправедливости смертной казни—безполезная и пустая работа» [4]).

Итакъ, человѣчество какъ бы утратило путеводную звѣзду въ самыхъ важнѣйшихъ вопросахъ науки, морали и жизни и наканунѣ XX-го вѣка

---

[1]) *Фойницкій*. Ученіе о наказаніи, стр. 3. Спб. 1889 г.

[2]) *Сергѣевскій*, Русское Уголовное Право, стр. 80. Спб., 1890 г.

[3]) Ibid стр. 85.

[4]) *Кистяковскій*, Изслѣдов. о смертн. казни, Предисловіе Кіевъ, 1867 г.

богатое знаніемъ и матеріальной силой, оно стоитъ какъ бы на распутьи, томимое жаждой духовнаго обновленія; матеріалистическій критерій, которымъ оно пыталось руководствоваться въ нашемъ вѣкѣ, уже не удовлетворяетъ его, оно ищетъ новаго болѣе животворнаго источника жизни и мысли и хочетъ стряхнуть съ себя кошмаръ рабства предъ мертвой природой, возставшаго какъ фениксь изъ пепла на развалинахъ традицій и вѣрованій прошлаго; здоровымъ инстинктомъ своимъ человѣчество почувствовало себя оскорбленнымъ въ самой глубинѣ своего гордаго свободнаго духа, очутившись вдругъ рабомъ мертвыхъ безжизненныхъ силъ природы, слѣпо накопляющейся въ тѣхъ или другихъ безстрастныхъ рукахъ; всего менѣе должно мириться съ этимъ рабствомъ право и въособенности право уголовное. Вотъ почему обойти основной вопросъ о правѣ наказанія, трактуя о смертной казни, значило бы не только сковать свою мысль и совѣсть, но и отказаться отъ возможности сколько нибудь прочнаго практическаго рѣшенія и самаго вопроса о смертной казни, потому что нѣтъ ничего болѣе неустойчиваго, какъ принципъ пользы, къ которому невольно прибѣгаютъ, отказавшись найти болѣе незыблемое основаніе права и который всецѣло зависитъ отъ того или другаго настроенія даннаго историческаго момента, а часто просто отъ личныхъ взглядовъ кучки людей, имѣ-

ющихъ рѣшающій голосъ въ вопросахъ de lege lata и de lege ferenda. Провозгласивъ сегодня смертную казнь ненужной, безполезной и даже вредной интересамъ государственной пользы, завтра съ неменьшей основательностью и вѣскими аргументами можно провозгласить ея необходимость, полезность и спасительность, какъ это вѣрно замѣчаютъ нѣкоторые криминалисты [1]). Исторія XIX вѣка представляетъ не мало такихъ всѣмъ извѣстныхъ колебаній отъ крайней мягкости, къ крайней суровости. Отъ такихъ колебаній не спасаетъ и торжественное провозглашеніе отмѣны смертной казни, внесенное даже въ кодексъ страны. Наше время, страдающее своего рода «законодательной маніей», по справедливому замѣчанію Поста [2]), таровато на новые законы; не успѣваетъ обыкновенно обсохнуть чернило, начертавшее какой нибудь одинъ законъ, какъ новое перо, новое вѣяніе времени чертитъ уже другой ему противоположный на смѣну. Современная Германія, Италія и Францiя даютъ тому почти ежедневные примѣры, даже стойкая въ своей сдержанности Англія не всегда остается вѣрна себѣ; ни новыя конституціи, ни старое, теперь позабытое упорство, присущее нѣ-

---

¹) *Chauveau* et *Helie*, Théorie du code pénal, p. 11, 1861.
²) *Post*, Bausteine für eine allgem. Rechtswissenschaft, S. 58, I B., 1880.

когда обычаю, ничто не въ силахъ сдержать этого законодательнаго производства; на новомъ языкѣ это называется идти въ уровень съ временемъ, а въ старое время оно именовалось бы нѣсколько иначе—пожалуй произволомъ и даже беззаконіемъ. Во всякомъ случаѣ всѣ эти колебанія, всѣ эти судороги законодательства и практики нельзя объяснить ничѣмъ инымъ, какъ именно отсутствіемъ устойчиваго принципа въ уголовномъ правѣ, потерявшемъ съ окончательной секуляризаціей государства свою опору и границы, дававшіяся раньше религіей и ненашедшаго новаго принципа столь же устойчиваго, но болѣе сроднаго природѣ государства. Неустойчивость въ принципѣ порождаетъ неустойчивость и всей карательной системы. Это печальное явленіе современности отмѣчаетъ со свойственной ему вдумчивостью Тардъ. «Законодательное стремленіе впередъ, говоритъ онъ, самое неумолимое изъ всѣхъ стремленій. Индивидуальная логика знаетъ порою страхъ и отступленіе передъ пропастью, логика же общественная никогда»; и затѣмъ продолжаетъ: «наша система наказанія несомнѣнно въ переходномъ состояніи и нѣтъ ничего неустойчивѣе, какъ ея современное положеніе [1]).

Тѣмъ настоятельнѣе становится не отрывать вопросъ о смертной казни отъ присущихъ ему

---

[1]) Tarde, Phil. pén. p. 528.

философскихъ основъ ученія о наказаніи, на чомъ настаиваетъ и Бернеръ, говоря, «объявлять вопросъ о смертной казни простымъ вопросомъ пользы, въ которомъ участію философіи вовсе нѣтъ мѣста, значитъ доказывать поверхностность своего пониманія. И если настанетъ положительная отмѣна смертной казни, то потомство будетъ обязано такимъ результатамъ не статистикамъ, но тѣмъ благороднымъ, блестящимъ философскимъ умамъ, которые напали на нее въ ея принципѣ... Эти люди сообщили первый толчокъ движенію противъ смертной казни и въ ихъ же смыслѣ оно должно быть доведено до конца» [1]). Ту же мысль высказываетъ и Пальмъ, говоря: «Вопросъ о смертной казни старъ такъ же, какъ міръ, но онъ до сихъ поръ не рѣшонъ и только вѣчные принципы права и разума могутъ дать это рѣшеніе» [2]).

Итакъ, отрывать вопросъ о смертной казни отъ его философскихъ основъ, значитъ отказаться разсматривать его по существу; такъ же трудно отграничить его и отъ другого вопроса столь же не легко поддающагося единодушному рѣшенію— вопроса о войнѣ. Кто можетъ отрицать, что преступленіе, наказаніе и война связаны общностью основной природы своей? И дѣйствительно, что

---

1) *Бернеръ*, Смертная казнь, стр. 95, Спб. 1865.
2) *A. I. Palm*, The death penalty, p. 1, 1891.

такое преступленіе и наказаніе, какъ не война; преступленіе, т. е. вторженіе преступника въ права гражданъ съ одной стороны и агрессивная война, т. е. вторженіе государства въ права другого государства съ другой—суть явленія одного и того же порядка, разнящіяся лишь въ томъ, что въ первомъ случаѣ субъектомъ вторженія является лицо физическое, во второмъ юридическое (общество, государство), дѣйствующее, однако, черезъ посредство физическихъ лицъ. Естественной реакціей противъ агрессивныхъ дѣйствій сосѣдняго государства является отпоръ насилія насиліемъ, войны войной; такой же реакціей противъ агрессивныхъ дѣйствій отдѣльнаго человѣка (физическаго лица) является наказаніе прежде всего въ формѣ отвѣтнаго насилія потерпѣвшаго, вытекающее изъ самыхъ основныхъ свойствъ человѣка, какъ живаго существа. Вотъ почему нѣтъ ни одного писателя, трактовавшаго о смертной казни, или о правѣ наказанія вообще, который такъ или иначе не коснулся бы и войны. Такъ, Тардъ пишетъ: «Вопросы о томъ, можетъ-ли быть отмѣнена смертная казнь и уничтожена война между народами суть почти одного и того же порядка и должны рѣшаться на основаніи аналогичныхъ соображеній; это настолько вѣрно, что прекращеніе, а затѣмъ возобновленіе аболиціонистскаго движенія совпадаетъ въ нынѣшнемъ вѣкѣ съ возрожденіемъ

наступательнаго милитаризма въ 1870 году» [1]). А Функъ-Брентано, касаясь въ свою очередь вопроса о правѣ войны въ своемъ трактатѣ международнаго права, говоритъ: «всѣ націи жаждутъ мира и чтобъ пріобрѣсти его или сохранить, всѣ онѣ обречены на войну. Всѣ націи стремятся основать царство справедливости между собою, но такъ какъ онѣ никакъ не могутъ столковаться въ вопросѣ о справедливости, онѣ борятся за упроченіе царства справедливости и не могутъ водворить этого царства иначе, какъ при помощи силы. Война—необходимость для государствъ и необходимость—единственный законъ войны» [2]).

Не тѣмъ ли же аргументомъ необходимости мотивируется и смертная казнь, неговоря уже о томъ, что отъ нея, какъ отъ надежнѣйшаго средства неотказывалась и не отказывается до сихъ поръ ни одна страна, по крайней-мѣрѣ, въ своихъ военныхъ законахъ, занести руку на которые не рѣшаются самые отважные изъ аболиціонистовъ.

Проф. Бошэ въ своемъ предисловіи къ труду Доливекрона говоритъ: «для насъ самый важный, если не единственный вопросъ, заключается въ томъ, необходима-ли смертная казнь; безъ необходимости наказаніе это не будетъ законнымъ, а ес-

---

[1]) *Tarde*, Philos. pén., p. 548.
[2]) Th. *Funck-Brentano*. Précis du droit desgens, p. 435.

ли она необходима, законность ея доказана самой необходимостью» [1]).

Проф. Д'Оливекрона, написавшій цѣлую книгу въ защиту отмѣны смертной казни говоритъ: «законность смертной казни, слѣдовательно, зависитъ всецѣло отъ необходимости» [2]). А. Ш. Летурно ту же мысль формулируетъ лишь нѣсколько иными словами: «уголовное наказаніе, говоритъ онъ, можетъ и должно быть продиктовано только основаніями общественной пользы, научно доказанной» [3]).

Проф. Сергѣевскій, указывая на то, что смертная казнь въ новыхъ государствахъ по принципу недопустима, замѣчаетъ, что «для примѣненія ея въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, нужно доказать ея безусловную необходимость» [4]). Проф. Фройницкій, трактуя о наказаніи, говоритъ, что оно «есть государственная мѣра борьбы съ личными условіями преступленія» [5]). Борьба эта, по его мнѣнію, должна замѣниться мѣрами объективными и въ другомъ мѣстѣ замѣчаетъ: «необходимостью огражденія существованія объясняется необходимость и правомѣрность реакціи ею обусловливаемой, но ею не можетъ быть объяснено, почему

---

[1]) Д'Olivecrona, Introd. par Beauchet, p. VI.

[2]) Ibid., p. 107.

[3]) C. *Lombroso*, L' homme criminel, préf. par Ch. Letourneau. p. III Paris, 1887.

[4]) *Сергѣевскій*, Р. Уг. Пр., стр. 123.

[5]) Фойницкій, Ученіе о наказ., стр. 42.

эта реакція получаетъ между прочимъ характеръ наказанія» [1]).

Но если смертная казнь и война одинаково опираются на принципъ необходимости или государственной пользы, то этотъ принципъ ни въ коемъ случаѣ не можетъ дать основаніе праву, какъ необходимость утолить голодъ не даетъ голодающему права воровать. Чѣмъ, въ самомъ дѣлѣ, какъ не сомнѣніемъ въ правѣ можно объяснить тотъ страхъ передъ пролитіемъ крови нѣсколькихъ преступниковъ, которымъ объято нынѣ европейское общество и правительства и даже такія изъ нихъ, которыя незадумываясь готовы разжечь войну и не содрогнуться передъ моремъ крови, разливаемой ими вокругъ? Въ этомъ явленіи есть своя глубокая психологическая и историческая логика, которой мы коснемся ниже, а здѣсь мы хотѣли лишь отмѣтить, какіе сложные факторы человѣческой природы, морали, науки и жизни переплетаются въ вопросѣ о смертной казни и какъ безнадежно и близоруко разсматривать его на основаніи узкаго критерія пользы, которая не можетъ быть ничѣмъ инымъ, какъ пользой сегодняшней минуты и быть можетъ завтрашнимъ вредомъ. Нѣтъ, этотъ вопросъ нуждается въ болѣе высокомъ критеріѣ права, какъ въ немъ нуждается и война; сближаясь въ общемъ символѣ карающаго меча, они соприкасаются и въ общемъ источникѣ права. Но если вопросы

[1]) Фойницкій, уч. о наказ. стр. 11—12.

эти столь тѣсно соприкасаются между собою въ доктринѣ, еще тѣснѣе сближаются они въ нашей совѣсти. Удивительно-ли поэтому, что иногда глава государства, объявляющій войну, или подписывающій смертный приговоръ, присяжный, подающій голосъ за осужденіе на смерть преступника, юристъ—судья, скрѣпляющій этотъ приговоръ своей санкціей, каждый изъ нихъ невольно задаетъ себѣ вопросъ, откуда черпаетъ онъ всесильное право располагать жизнью, свободой и честью своего согражданина или собрата—человѣка и къ ужасу своему не всегда находитъ отвѣтъ. А передъ нимъ стоитъ между тѣмъ жизнь съ ея роковыми запросами, не терпящая отлагательства и смущенный въ совѣсти своей, но вынужденный дѣйствовать, онъ отдается во власть смутному чувству справедливости, правомѣрность котораго расшатана современнымъ анализомъ, или же, что еще хуже, подавляя это чувство, руководится узкимъ, близорукимъ матеріальнымъ и крайне условнымъ критеріемъ необходимости и пользы, далеко недостаточнымъ для оправданія права и еще болѣе относительнымъ и случайнымъ, чѣмъ самое простое непосредственное чувство. Что же удивительнаго послѣ того, если подчасъ карающая рука невольно содрогается и вноситъ тѣмъ еще большую смутъ въ жизнь и безъ того пошатнувшуюся въ своиху вѣковыхъ устояхъ. И дѣйствительно, нашъ вѣкъ,

вѣкъ неустанной борьбы и пытливости, не оставившій почти камня на камнѣ отъ прежнихъ съ виду столь стройныхъ теологическихъ, метафизическихъ и общественныхъ теорій, дерзнувшій коснуться холодной рукой анализа даже вѣчно живой идеи божества, какъ могъ онъ оставить не затронутой область права, въ особенности область права карательнаго, такъ тѣсно соприкасающагося съ высшими благами человѣка—его честью, свободой и жизнью?

Между тѣмъ, далеко-ли то время, когда голосъ Беккаріа, согрѣтый горячимъ чувствомъ гуманности, былъ первымъ вѣщимъ отзвукомъ разсвѣта грядущей новой жизни, отважной въ своей младенческой вѣрѣ въ будущее, наступленіе котораго провидѣли лучшіе умы конца прошлаго вѣка, но ужасы борьбы и сомнѣнія котораго были еще сокрыты отъ нихъ. Порывая со старымъ правомъ, «этими осколками законодательства древняго воинственнаго народа, собранными по приказу государя, царствовавшаго въ Константинополѣ 12 вѣковъ тому назадъ, осколками смѣшанными съ обычаями лонгобардовъ и погребенными въ объемистой грудѣ туманныхъ комментарій, составляющими всѣ вмѣстѣ тотъ ворохъ мнѣній, которому большая часть Европы оказала честь назвавъ его закономъ» [1]), порывая узы съ этимъ «чудовищнымъ произведеніемъ

[1]) *Beccaria* Des delits et des peines, ed. F. Hélie, 1856 p. 2.

самыхъ варварскихъ вѣковъ» [1]), Беккаріа и его послѣдователи надѣялись создать новое право, очищенное отъ той неправды, которая пятнала кровью старый порядокъ и возмущала взоры лучшихъ людей. Но поднявъ руку на старое право и первый ясно отграничивъ право человѣческое отъ права божескаго [2]) въ уголовномъ законѣ, Беккаріа первый же вынужденъ былъ и точно установить право государства наказывать [3]); основаніе этого права онъ видитъ въ общественномъ договорѣ, теоріи въ его время почти общепризнанной, но утратившей въ наше время свое значеніе. Но поставивъ во главѣ угла отдѣленіе правосудія божескаго отъ человѣческаго, онъ ищетъ затѣмъ на чомъ должно основываться это послѣднее: законъ нравственный не можетъ служить ему основой, потому что люди съ ихъ ограниченностью не могутъ проникать въ чужую душу и будутъ казнить тамъ, гдѣ слѣдовало бы оправдать и обратно; такимъ образомъ, единственнымъ основаніемъ уголовнаго правосудія, по мнѣнію Беккаріа, можетъ быть лишь необходимость вещей, законъ человѣческаго общества, интересъ охраны его [4]). Но ставя интересъ охраны въ основу человѣческаго право-

---

[1]) *Beccaria,* Des délits et des peines, p. 2.
[2]) Ibid. Introduct. de FHélie.
[3]) *D'Olivecrona,* p. 3.
[4]) *Beccaria,* Des délits Ch. XV.

судія, онъ требуетъ при этомъ, чтобъ уголовный законъ былъ согласованъ съ нравственнымъ, изъ котораго онъ не долженъ черпать какъ изъ источника, но лишь искать въ немъ поддержку [1]). Принимая нравственный законъ ограниченіемъ закону человѣческому, его ясный умъ ужъ тогда провидѣлъ всю шаткость принципа необходимости и пользы, какъ основы человѣческаго правосудія и цѣлую главу (XXXVIII) онъ посвящаетъ уже разъясненію ложныхъ толкованій пользы. Итакъ, отнявъ у государства право быть выразителемъ и носителемъ правосудія божескаго, Беккаріа не удалось всеже дать прочную опору правосудію человѣческому.

Но свѣтлый порывъ гуманности, вызванный инипіативой Беккаріа, сдѣлалъ много; онъ внесъ существенную реформу въ судопроизводство, смягчивъ слѣдственные пріемы, ускорилъ отмѣну пытки, сократилъ число случаевъ примѣненія смертной казни, отмѣнивъ ее для большинства преступленій прежде каравшихся смертью, но... отчегоже, несмотря на это, именно теперь уголовное право переживаетъ тяжелый кризисъ, какъ о томъ мы привели свидѣтельства лучшихъ криминалистовъ Европы. Почему при всемъ несовершенствѣ судопроизводства, при всей грубости и жестокости казней, судьи и власть въ XVIII вѣкѣ спокойно со-

[1]) *Beccaria*, Des délits... ch. VI.

вершали свое дѣло и въ рѣдкихъ только случаяхъ прибѣгали къ казнямъ въ застѣнкахъ. Почему же нынѣ государства не стыдятся еще проливать рѣки крови на войнѣ и нашъ XIX-й вѣкъ можетъ быть названъ однимъ изъ самыхъ кровавыхъ, и въ то же время такъ стыдливы они, когда приходится казнить какого нибудь убійцу или предателя, не щадившаго жизни людей ради достиженія корыстныхъ, низменныхъ цѣлей. Почему наконецъ старыя государства были увѣрены, что публичная казнь есть лучшее предохранительное средство противъ преступленія, а представители государства новаго въ одинъ голосъ утверждаютъ, что публичность напротивъ лишь плодитъ преступленія; между тѣмъ никто не откажетъ государственнымъ людямъ стараго порядка, а также духовенству того времени въ глубокомъ пониманіи народной психологіи, чего часто недостаетъ современнымъ статистикамъ, но что впрочемъ нисколько не умаляетъ достовѣрности свидѣтельствъ наблюдателей нашего времени. Нѣтъ, противорѣчія эти показываютъ лишь то, что явленія, связанныя неразрывно съ духовной природой человѣка, стали мѣрять теперь слишкомъ преходящей, исключительно матеріальной мѣркой государственной пользы и къ изумленію своему увидали, что тюрьма плодитъ преступленія [1]), а эшафотъ подражателей; однимъ сло-

[1]) См. внушительныя цифры переполненія русскихъ тюремъ,

вомъ, вмѣсто пользы наказаніе стало приносить вредъ не только преступнику, но и тѣмъ, для назиданія которыхъ оно предназначалось, т. е. народу.

Но какъ бы ни были шатки основанія современнаго права наказанія, все же надо предположить несомнѣнное существованіе въ жизни человѣчества какихъ-то другихъ незыблемыхъ основъ этого права, безсознательно вытекающихъ изъ самой жизни человѣчества, хотя почему либо и ненаходящихъ себѣ соотвѣтствующаго выраженія въ уголовномъ правѣ, но дѣйствующихъ властной, невидимой рукой, однихъ награждая вѣнками, другихъ эшафотомъ. Въ чомъ на самомъ дѣлѣ заключается вся жизнь человѣчества, какъ не въ постоянной безпрерывной смѣнѣ чередующихся побѣдныхъ вѣнковъ и вѣнковъ терновыхъ? И неужели же этой невидимой, но неумолимо карающей рукой Фемиды не руководитъ какое-то высшее начало провосудія, хотя и мѣнявшагося по внѣшности на пратяженіи вѣковъ, но по существу остающагося постояннымъ и неизмѣннымъ; нѣтъ, существованіе историческаго приговора, хотя подчасъ и поздно, но всегда клеймящаго несправед-

приводимыя проф. Фойницкимъ въ его трудѣ „Ученіе о наказаніи“, изъ которыхъ видно, что въ Россіи ежегодно содержится въ однихъ только мѣстахъ заключенія гражд. вѣдомства до 800.000 человѣкъ (стр. 1—2).

ливость именемъ преступленія, даетъ намъ основаніе думать, что человѣчество не даромъ отстаиваетъ право дорогого ему чувства справедливости, всегда борясь за это чувство и проливая за него цѣлыя рѣки крови.

Въ чомъ же лежитъ причина шаткости современнаго уголовнаго права? Конечно, не въ измѣнившейся матеріальной или духовной природѣ человѣка, нѣтъ, природа эта въ основѣ своей всегда, на всѣхъ ступеняхъ культуры одна и та-же, лишь формы проявленія ея до нѣкоторой степени измѣнчивы, но въ самой измѣнчивости этихъ проявленій она остается вѣрна себѣ. Такъ, преступленіе, при всемъ видимомъ, разнообразіи своего состава на протяженіи вѣковъ, начиная съ первыхъ зачатковъ обычнаго права вплоть до тончайшей формулировки его письменнымъ закономъ, носитъ тѣмъ не менѣе одинъ и тотъ же основной характеръ. Той же общностью характера объединены и всѣ виды наказанія, несмотря на ихъ видимое внѣшнее различіе. Какъ преступленіе, такъ и наказаніе суть два полюса проявленія одной и той же отъ вѣка присущей намъ живой дѣятельной силы.

Въ самомъ дѣлѣ, было время, или лучше сказать, мы можемъ представить себѣ такое время, когда человѣкъ, этотъ вѣнецъ творческой природы, очутился впервые на землѣ съ полнымъ незнаніемъ внѣшняго новаго для него окружающаго міра

и лишь со смутнымъ но властнымъ ощущеніемъ субъективнаго бытія; внѣшняго міра для него не существовало, онъ какъ бы просыпался въ новой жизни и лишь мало-по-малу начиналъ познавать, что и внѣ его есть нѣчто, но къ этому нѣчто онъ не могъ иначе отнестись, какъ субъективно; онъ центръ природы, царь земли, все остальное существуетъ и должно существовать лишь для него; его правомъ было право самосознающей дѣятельной силы—*воли*, незнающей пока границъ. Его стремленіе поработить вселенную, стремленіе проснувшееся въ немъ съ первой попытки къ движенію, съ первымъ ощущеніемъ голода и жажды, встрѣчаетъ на первыхъ же порахъ отпоръ, пассивный—со стороны мертвой природы, активный—со стороны природы живой. На его ударъ, этотъ первый психо-физіологическій актъ самосознающей силы, не чуждый и міру животному, ему отвѣчаютъ ударомъ—вотъ первый зародышъ войны, первое зерно преступленія и наказанія; но съ этимъ первымъ отвѣтнымъ ударомъ въ человѣкѣ просыпается и первый проблескъ нравственнаго чувства—рядомъ съ физической болью удара, онъ ощущаетъ нравственную боль, боль нарушеннаго права безгранично свободной жизнедѣятельности, то чувство стѣсненія или обиды, которое такъ удачно отмѣтилъ Іерингъ [1]), какъ творческое начало въ

[1]) *Іерингъ*, Борьба за право, стр. 38, Москва 1874 г.

созиданіи и защитѣ правоваго уклада. Этотъ живой, дѣятельный взаимный отпоръ человѣка человѣку чувствовался имъ какъ боль, какъ обида, какъ вторженіе въ сферу его свободы, но будилъ въ немъ рядомъ съ чувствомъ протеста и сдерживающіе инстинкты, направляя волю на самоограниченіе, на признаніе рядомъ съ правомъ собственной воли и правъ воли чужой. Но въ началѣ долго еще ударъ собственной руки другому онъ считалъ правомъ и добромъ, ударъ руки чужой—обидой, преступленьемъ и зломъ. Цѣлые долгіе вѣка длились эти просонки человѣка, просонки полныя тяжелой борьбы, но эта борьба заставила его познать, что рядомъ съ нимъ живутъ и другія существа, одаренныя той же свободной самосознающей силой и подобно ему стремящіяся стать царями земли. Конечно, эти первыя зачатки права въ борьбѣ кажутся намъ теперь полнымъ царствомъ безправія, какъ іероглифъ первобытнаго человѣка лишь съ трудомъ напоминаетъ тотъ образъ, который онъ пытался начертить, но этотъ образъ въ общихъ абрисахъ ужъ былъ начертанъ въ его воображеніи и лишь неумѣніе справиться съ трудностями техники, лишь незнаніе свойствъ внѣшнихъ предметовъ и непривычка управлять собственными движеніями препятствовали его ясному начертанію. Здѣсь важно отмѣтить лишь то, что проблескъ нравственнаго чувства въ человѣкѣ сказался въ

немъ съ первыхъ же шаговъ его въ жизни, какъ неотъемлемое свойство его природы, его свободнаго духа; но въ началѣ чувство это было, конечно, крайне субъективно; лишь мало-по-малу объективируется оно, объединяя общимъ мѣриломъ блага и добра, сначала членовъ тѣснаго кровнаго союза—рода, затѣмъ племени, народа и, наконецъ, человѣчества и такимъ образомъ, изъ первоначальной борьбы и анархіи вытекаетъ какъ необходимый, естественный результатъ—уравновѣшенное право, выросшее на почвѣ общности основной духовной природы людей, то право, сѣмена котораго лежали уже въ первобытной анархіи.

Итакъ, уже въ первобытную эпоху младенчества человѣка вырисовываются основныя черты, присущія и понынѣ преступленію и агрессивной войнѣ, а также наказанію и войнѣ оборонительной, какъ естественной реакціи противъ нихъ. Преступленіе—это зло, насильственное вторженіе чужой воли въ эгоцентрическую сферу моего я и подвластнаго мнѣ міра вещей; вторженіе это пробуждаетъ во мнѣ нравственное чувство боли, боль нарушеннаго права, стѣсненіе моей воли; оно чувствуется даже тамъ, гдѣ я не ощущаю непосредственно боли физической. Боль эта вызываетъ отпоръ, однородное, матеріальное и нравственное, стѣсненіе воли преступника — наказаніе, которое должно не только стереть объективные матеріаль-

ные слѣды преступленія, возстановить если возможно матеріальный ущербъ, но дать также удовлетвореніе и нравственному чувству обиды, или боли, смыть чувствомъ удовлетворенія самую обиду. Такимъ образомъ, преступленію и наказанію, какъ психо-физіологическому явленію, присущи съ самаго начала два элемента—объективный, наличность матеріальнаго дѣянія или вреда и—субъективный, наличность насилующей воли. Эти два элемента, объективный и субъективный, матеріальный и нравственный, неразрывно слитые въ преступленіи, [1]) должны быть неразрывны и въ осуществленіи наказанія, такъ-какъ расчлененіе ихъ противорѣчило бы самой природѣ отпора. Преступленіе есть столько же матеріальный вредъ, какъ и обида, или правонарушеніе, матеріальное и нравственное насиліе надъ личностью, сознающей себя духовно свободной. Въ этомъ самосознаніи лежитъ единственная основа права отпора—права наказанія, какъ права на удовлетвореніе естественнаго требованія человѣческой природы духовной и матеріальной; отказаться отъ этого права значитъ отказаться отъ своей природы; преступленіе можно простить, но признать его безнаказаннымъ нельзя; въ прощеніи же можетъ выражаться порой высшая мѣра нравственнаго наказанія.

---

[1]) *Holtzendorff*, Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe, s. 223, 1875.

Итакъ, первая основа естественности и правомѣрности наказанія неразрывно связана съ его живою нравственною природою и должна исходить изъ нея; можетъ ли и должно ли это право осуществляться кѣмъ либо другимъ кромѣ потерпѣвшаго и если да, то сохраняетъ ли оно въ формѣ наказанія государственнаго свою естественность и правомѣрность, вотъ основной вопросъ науки и жизни, который обойти нельзя. Наказаніе только тогда правомѣрно, только тогда не противорѣчитъ природѣ человѣка, когда оно можетъ дѣйствительно представить потерпѣвшему нравственный эквивалентъ обиды, заключающейся въ преступленіи, тотъ единственный эквивалентъ, котораго только можно искать въ наказаніи, такъ какъ матеріальный вредъ, наносимый преступленіемъ, въ большинствѣ случаевъ непоправимъ и невознаградимъ. Но чтобы быть дѣйствительно нравственнымъ эквивалентомъ преступленія, наказаніе должно быть столь же живой, дѣятельной силой, нравственно проникнутой обидой, какъ и преступленіе съ его живой, чисто личной природой, иначе оно потеряетъ всякую связь съ личнымъ нравственнымъ чувствомъ, на которомъ основана его правомѣрность и утратитъ всякое значеніе для обиженнаго и обидчика—не удовлетворитъ нравственнаго чувства перваго и не будетъ живымъ нравственнымъ урокомъ второму. Между актомъ преступленія и актомъ воз-

мездія или наказанія должно быть тѣсное взаимодѣйствіе; между ними не должна порываться та живая связь нравственной борьбы, которой одной принадлежала творческая роль въ правѣ, которой одной человѣчество обязано высокими идеями справедливости и вѣчной правды. Наказаніе должно быть побѣдой нравственнаго дѣятельнаго права, нравственно дѣятельнаго добра. Тамъ, гдѣ порывается связь борьбы живого чувства съ чувствомъ живымъ, наказаніе становится актомъ слѣпой, мертвой, инертной силы, пригнетающей тѣло и душу преступника, какъ лавина, скатывающаяся съ горъ, безсильная при всемъ разрушительномъ могуществѣ своемъ вызвать въ немъ что либо, кромѣ вопля животной, матеріальной природы его. Человѣческій инстинктъ, этотъ надежнѣйшій руководитель на всѣхъ ступеняхъ культуры, всегда подсказывалъ людямъ, какъ важно присутствіе живого нравственнаго начала въ правосудіи, этомъ дѣтищѣ его духовной природы. Ниже мы увидимъ, что всѣ формы карательнаго правосудія въ народномъ правѣ, всѣ обычаи, всѣ формулы религіозно нравственнаго закона, даже всѣ предразсудки народные, всѣ проникнуты этимъ началомъ. Дѣйствительно, прежде чѣмъ создался современный институтъ правосудія, человѣчество знало уже право, творило судъ; но осуществлялся ли актъ правосудія самимъ потерпѣвшимъ, или кровно связаннымъ съ нимъ пле-

менемъ, вождемъ, главой племени по крови, или жрецомъ, его главой по крови и по духу, всѣ они— и народъ, и вождь, и жрецъ—всѣ были охвачены живымъ кровнымъ чувствомъ нравственной обиды, вызванной преступленьемъ и наказаніе, какъ бы оно ни было варварски жестоко, не утрачивало своей нравственной основы, своей правомѣрности. Мало-по-малу племя разросталось и въ немъ ослабѣвала связь крови, этой физической эмблемы и физіологическаго источника жизни и чувства и обычай «кровь за кровь» сталъ смѣняться выкупомъ. Но вотъ на развалинахъ обычнаго права и религіозно-нравственнаго закона, кровнаго союза и церкви, попирая ихъ обоихъ, но присваивая себѣ ихъ прерогативы, растетъ и крѣпнетъ государство, носитель новой силы, новаго права—но какой силы, какого права? Это не живая, нравственно самодѣятельная сила, присущая физическому лицу, или кровному роду и не духовная сила церкви, чуждой въ идеѣ цѣлей земныхъ, носительницы и хранительницы верховнаго божескаго закона, творящей не свою волю, а волю божества, нравственно отвѣтственной передъ нимъ наравнѣ съ каждымъ смертнымъ и даже болѣе, чѣмъ каждый смертный. Нѣтъ, это сила земная, матеріальная, неодухотворенная чувствомъ, ни передъ кѣмъ неотвѣтственная, являющаяся сама себѣ началомъ и цѣлью, сила лишь механически

воспринимающая заглушенные удары пульса жизни копошащейся гдѣ-то внизу и столь же механически отвѣчающая на эти удары. Могутъ ли этой силѣ принадлежать по праву не только механическіе вѣсы, но и карающій мечъ Фемиды, не только роль посредника-судьи, но и право нравственнаго отпора, безъ котораго наказаніе теряетъ свою правомѣрность? На этотъ вопросъ намъ отвѣтитъ, быть можетъ, бѣглый абрисъ различныхъ формъ наказанія смертью, который мы попытаемся дать ниже, а теперь посмотримъ, на чомъ опирается съ чисто юридической точки зрѣнія право государства наказывать.

На правѣ историческаго преемства—вотъ обычный отвѣтъ. Фактъ такого преемства несомнѣненъ, но чтобъ доказать правомѣрность этого факта пришлось бы прибѣгнуть къ такимъ argumenta diabolica, которыя справедливо пугали даже неустрашимыхъ старыхъ юристовъ. Но фактъ не можетъ служить основаніемъ права [1]) даже въ области гражданскихъ отношеній, сводящихся нынѣ къ господству надъ объектами, принадлежащими къ міру неодушевленному и самое большее животному и несвязанными въ такой степени неразрывно съ субъектомъ права, какъ объекты уголовнаго воздѣйствія—честь, свобода и жизнь—связаны съ личностью человѣка. Между тѣмъ titulus государ-

[1]) *Chauveau* et *F. Helie*. Théorie du code pénal, p. 11.

ства въ правѣ наказанія опирается лишь на фактъ, вытекающій изъ захвата и давности, съ грѣхомъ пополамъ могущихъ оправдать лишь право на res, а не на жизнь и другія неотъемлемо прирожденныя блага человѣка, пользующагося полнымъ statu'somъ лица, хотя бы онъ и нарушилъ тѣ же блага другого, тѣмъ болѣе, если отнятіе этихъ благъ у преступника не вознаграждаетъ потерпѣвшаго, не даетъ ему нравственнаго удовлетворенія и не возстановляетъ фактически его нарушеннаго права. Римское право очень тонко отмѣтило всю особенность личнаго характера обязательствъ ex delicta и всю невозможность перехода ихъ даже по наслѣдственному преемству, если самъ потерпѣвшій не началъ искъ, въ особенности тамъ, гдѣ iniuria, задѣвая матеріальныя, поражала и нравственныя блага, какъ въ такъ наз. actiones vindictam spirantes [1]). Это, однако, не мѣшало римскимъ юристамъ признавать за государствомъ съ чисто утилитарной точки зрѣнія право наказывать, но вѣдь право инициативы, право вчинать уголовный искъ принадлежало тогда потерпѣвшему или его близкимъ, что сохраняло живую связь между преступленьемъ и наказаньемъ, а роль государства была скорѣе ролью посредника. Но сохраняется ли нынѣ то естественное, вытекшее изъ природы человѣка, эквивалентное отношеніе между пре-

¹) *Баронъ*, система Римск. права, §§ 82 и 321. Спб. 1889.

ступленьемъ и наказаньемъ, какое мы видимъ раньше, когда наказаніе являлось духовно—матеріальнымъ отпоромъ равнаго равному и все проникнуто было живымъ чувствомъ нравственной борьбы за право; когда, несмотря на всю грубость варварскихъ нравовъ, человѣкъ понималъ, что насиліе надъ беззащитнымъ и безоружнымъ, хотя бы съ его точки зрѣнія и преступнымъ, не будетъ актомъ правосудія, актомъ нравственнаго удовлетворенія и позволялъ поэтому выходитъ наказуемому со щитомъ въ рукѣ и отпарировать удары карающаго меча, какъ это мы видимъ у нѣкоторыхъ племенъ; когда однимъ словомъ даже въ этомъ послѣднемъ актѣ жизни преступника въ немъ уважали человѣка, хотя быть можетъ и грѣшнаго, но духовно свободнаго и давали ему умирать, какъ человѣку въ борьбѣ за право, а не какъ животному на бойнѣ, по мѣткому выраженію Гольцендорфа. Въ этомъ сквозила глубокая вѣра въ безусловность лишь божеской справедливости и столь же глубокое, хотя быть можетъ и инстинктивное пониманіе всей условности правосудія человѣческаго. Слѣды этого здороваго правоваго чувства сказываются кое-гдѣ въ судебныхъ обычаяхъ и по нынѣ, такъ напр., въ Испаніи мы видимъ, что послѣ каждой казни полицейскій хватаетъ палача и приводитъ его въ судъ, передъ которымъ онъ долженъ формально оправдаться въ только что совершонномъ

имъ убійствѣ по судебному приговору [1]). Тѣмъ же чувствомъ объясняется и повсемѣстное въ Европѣ отвращеніе къ палачамъ, этимъ наемнымъ убійцамъ, а также и то чувство жалости къ скованнымъ и обезоруженнымъ преступникамъ вообще, которое особенно сильно у насъ на Руси, сохранившей еще непосредственную чуткость народнаго инстинкта; «отъ сумы да отъ тюрьмы не отрекайся», говоритъ русскій народъ и въ этой грустной пословицѣ сквозитъ тоже пониманіе всей относительности человѣческаго правосудія, которое мы только что отмѣтили. Здоровый народный инстинктъ не допускаетъ вообще безусловности человѣческаго правосудія, а потому и дорожитъ въ немъ лишь его основнымъ неизмѣннымъ зерномъ; это не только сквозитъ въ вышеприведенномъ примѣрѣ народнаго обычая, дававшаго преступнику возможность защищать себя при наказаніи, но и въ обычаяхъ правосудія жреческаго; такъ, жрецы, ведя жертву на казнь, окружали ее почетомъ, украшали цвѣтами и вѣнками, давая тѣмъ чувствовать и толпѣ и самому осужденному, что не свою мстительную волю осуществляютъ они, что не волѣ людей должна подчиниться воля преступника, что не какъ рабъ умираетъ онъ, а какъ человѣкъ, преклоняющійся безъ униженія передъ верховнымъ велѣньемъ божества. Этотъ съ виду пустой внѣшній парадъ

1) *Palm*, The death penalty, p. 96.

былъ полонъ глубокаго психологическаго значенія; онъ будилъ нравственныя чувства въ сердцѣ толпы, проливалъ миръ въ душу несчастнаго и преступникъ умиралъ какъ грѣшникъ, но не какъ насилуемый человѣкъ, не какъ рабъ или вещь, у котораго отняли душу раньше, чѣмъ отнять жизнь. А теперь?... Теперь, на мѣсто чуткаго даже въ грубости своей, патріархальнаго правосудія, на мѣсто верховнаго, нравственно-живаго правосудія божескаго, выступила преходящая [1]), но безусловная формула закона, созданнаго ради конечныхъ утилитарныхъ цѣлей [2]), попирающихъ вѣчныя требованія духа, а потому идущихъ въ разрѣзъ съ основами права. Подъявъ на плечи свои не свойственныя его природѣ задачи возмездія, не подорвало-ли тѣмъ современное западно-европейское государство нравственныя основы правосудія? Что такое въ самомъ дѣлѣ современное государство? Этотъ вопросъ, сводящійся къ вопросу объ юридической конструкціи государства, вызываетъ по замѣчанію проф. Коркунова большія разногласія: «нѣтъ согласія даже въ томъ, каковъ субъектъ государственнаго властвованія и что представляетъ изъ себя государство — субъектъ, объектъ или самое отношеніе властвованія» [3]). Не вдаваясь въ неумѣстный здѣсь разборъ

[1]) *Сергѣевскій*, Рус. Угол. право, т. I, стр. 64.

[2]) *Таганцевъ*, Лекціи по Р. Угол. Праву, стр. 47, вып. I, 1887.

[3]) *Коркуновъ*, Русское Государств. Право, т. I, стр. 10, Спб. 1893 г.

этихъ спорныхъ доктринъ, посмотримъ лучше, въ какомъ видѣ выступаетъ природа государства въ другихъ областяхъ права—въ правѣ гражданскомъ и правѣ уголовномъ; этотъ пріемъ скорѣе поможетъ намъ уловить истинныя основныя черты юридической природы его, такъ какъ область права гражданскаго и права уголовнаго сводятся въ основѣ своей къ такому же и пожалуй болѣе безусловному праву господства или властвованія, ограничивающемуся лишь предѣлами менѣе сложной сферы объектовъ права, что позволяетъ выступать болѣе выпукло основнымъ чертамъ юридической природы государства. Въ качествѣ субъекта права гражданскаго государство является юридическимъ лицомъ; государство, по вѣрному опредѣленію Барона, это *цѣль* фиктивно возведенная въ лицо и только въ качествѣ такого фиктивнаго лица государство, а равно и всѣ другіе союзы людей, могутъ обладать вещами и правами [1]); *субстратомъ же этой фикціи является не единеніе людей*, *а цѣль этого единенія* [2]). Нѣкоторые новѣйшіе юристы хотѣли было отбросить понятіе юридическаго лица, но Баронъ основательно возражаетъ, что тогда пришлось бы измѣнить самое понятіе субъективнаго права и долга (обязательства); пока подъ первымъ мы разумѣемъ господство, право-

---

[1]) *Баронъ*, Система римск. права, Вып. I, стр. 48. Спб. 1888.
[2]) *Ibid*, стр. 49.

мочіе (дозволеніе дѣйствій), подъ вторымъ ограниченіе свободы дѣйствій, не можетъ быть и рѣчи о томъ, чтобъ цѣль имѣла права и обязанности. Итакъ, въ области права гражданскаго государство является фикціей, отвлеченьемъ, но какъ таковому ему чужды живыя свойства физическаго лица, а потому за государствомъ, какъ лицомъ юридическимъ, а равно и всякимъ союзомъ людей, не связанныхъ кровными узами, признается въ гражданскомъ правѣ лишь неполная правоспособность, и такъ какъ государство лишено непосредственной дѣеспособности [1]), оно признается и нравственно (или уголовно) *безотвѣтственнымъ* [2]). Съ тѣми же чертами юридическаго лица является современное западно-европейское государство и въ правѣ уголовномъ; это настолько ярко сказывается въ немъ, что большинство современныхъ криминалистовъ въ основу права наказанія, а также отвѣтственности физическихъ лицъ, кладутъ не фактъ нравственно противоправнаго дѣянія и не волю нравствственно отвѣтственнаго физическаго лица, а *цѣли* и *интересы* государства [3]), уже какъ-бы прямо надѣляя такимъ образомъ цѣли правами. Но не въ одномъ граждан-

[1]) *Баронъ*, Сист. Р. Права, вып. I, стр. 54.

[2]) *Таганцевъ*, Лекціи по Русскому Уголовному Праву, вып. II-й, стр. 389 и 391, Спб. 1888.

[3]) *Сергѣевскій*, Русск. Уголовное Право, т. I, стр. 241, примѣчаніе 1-е и стр. 228.

скомъ и уголовномъ правѣ государство является юридическимъ лицомъ, его признаетъ таковымъ и господствующее мнѣніе публицистовъ, какъ напр., Герберъ, Л. фонъ Штейнъ и другіе.

Итакъ, современное государство, эта отвлеченная коллективность, лишенная духовной природы, это юридическое лицо, необладающее непосредственной дѣеспособностью и правоспособностью, а потому и нравственно безотвѣтственное, можетъ ли оно быть истиннымъ творцомъ уголовнаго права и правомѣрно осуществлять его, когда стоитъ лицомъ къ лицу не съ однороднымъ ему по природѣ и равнымъ по силѣ юридическимъ лицомъ, напр., съ сосѣднимъ государствомъ, когда борьба живой коллективности (народа, войска) съ такой же другой коллективностью можетъ путемъ войны творить до нѣкоторой степени право, а лицомъ къ лицу съ отдѣльнымъ человѣкомъ, единицей слабой, ничтожной, безоружной передъ нимъ? Будетъ-ли въ этомъ случаѣ право карательное, унаслѣдованное отъ прошлыхъ совершенно иныхъ формъ жизни, будетъ-ли оно правомѣрнымъ въ рукахъ современнаго государства, все равно какъ-бы мягко оно ни пользовалось имъ въ данную минуту, и не приведетъ-ли оно къ полному искаженію правового чувства, правового инстинкта въ массахъ, заставляя предпочитать безнаказанность неправомѣрности наказанія и останется ли это право тѣмъ

правомъ, которое такъ хорошо опредѣлилъ Іерингъ, говоря: «Уголовное право это тотъ узелъ, гдѣ перекрещиваются нѣжнѣйшіе сосуды и нервы, гдѣ каждое впечатлѣніе, каждое ощущеніе даетъ себя чувствовать и отражается наглядно на лицѣ права; на немъ отпечатлѣвается вся индивидуальность народа, его думы и чувства, его характеръ и страсть, его нравственность и грубость, говоря короче, на немъ отражается вся его душа». Вотъ вопросъ, на который мы постараемся отвѣтить ниже.

II.

Развитіе правового чувства въ жизни человѣчества.

Указавъ въ общихъ штрихахъ возникновеніе нравственно-правового чувства, проснувшагося и развившагося на почвѣ борьбы, посмотримъ теперь, въ какихъ послѣдовательныхъ формахъ дѣятельнаго отпора, въ какихъ формахъ наказанія, проявлялось оно въ своемъ развитіи и какъ видоизмѣнялись эти формы по мѣрѣ большей или меньшей ихъ пригодности для выраженія этого нравственно-правового чувства. Сообразуясь съ нашей темой, мы все вниманіе сосредоточимъ на высшей и наиболѣе типичной формѣ наказанія, на смерт-

ной казни, какъ наиболѣе распространенной и лишь сравнительно недавно уступившей въ Европѣ свое первенство безкровной казни—тюремному заключенію, какъ нѣкогда избіеніе плѣнныхъ замѣнилось рабствомъ.

Въ эпоху первобытнаго состоянія человѣчества «не было дѣйствія, говоритъ Постъ, которое само по себѣ считалось бы преступнымъ, но съ другой стороны не было дѣйствія, которое при извѣстныхъ обстоятельствахъ, не было бы наказуемо» [1]. Въ ту же эпоху, по словамъ Ломброзо, «не было понятія ни о какомъ преступленіи» [2], ибо не было яснаго разграниченія ни обязанностей, ни правъ. Однимъ словомъ, субъективизмъ царилъ еще безраздѣльно, собственное я было единымъ верховнымъ правомъ и это я не останавливалось ни передъ чѣмъ. Понятіе о правѣ собственности, о неприкосновенности жизни тогда отсутствовало, потому что личной, хотя бы движимой собственности не было и каннибализмъ былъ обычнымъ явленьемъ. Человѣку еще ничего не принадлежало и въ то же время принадлежало все—все что попадало въ его руки, даже его собратъ—человѣкъ. Борясь за жизнь, за свое я, человѣкъ убивалъ боровшагося съ нимъ во имя той же цѣли врага и тутъ

---

[1]) Post, Bausteine... , s. 224.
[2]) Lombroso, L'homme crim., p. 77.

же на мѣстѣ сраженія или поединка съѣдалъ его [1]), выварачивая каменнымъ ножомъ еще трепещущее сердце изъ груди, то сердце, которое оставшись несъѣденнымъ и затаивъ месть, могло опять забиться жизнью и сторицей воздать побѣдителю. И дѣйствительно, какъ могъ поступать онъ иначе, ибо прежде чѣмъ признать смерть естественнымъ концомъ своего земнаго существованія, человѣкъ считалъ себя, а слѣдоват., и врага своего безсмертнымъ; онъ зналъ только насильственную смерть, а смерть естественную считалъ результа томъ невидимыхъ ковъ врага [2]). Подтвержденіе справедливости этого факта, мы видимъ прежде всего въ различныхъ формахъ каннибализма и даже тамъ, гдѣ каннибализмъ исчезаетъ, остатки переживанія его указываютъ, что жизнь не считалась уничтоженной даже насильственной смертью, а сохранялась по воззрѣнію дикаря въ различныхъ наиболѣе важныхъ по жизнедѣятельности органахъ, напр., въ лѣвомъ глазу, гдѣ пребываетъ душа по воззрѣнію новозеландцевъ [3]); съѣденіе этихъ органовъ раньше было правомъ каждаго, а затѣмъ становится привиллегіей воина и жреца; такъ, у таитянъ во время жертвоприношеній жрецъ предлагаетъ еще глазъ жертвы начальнику племени и

[1]) *Letourneau*, La Sociologie d'après l'èthnogr. 2 p. 02—206 2-e edit, 1884.

[2]) *Tarde*. Philos. pèn., Chap. I, consider prelimin

[3]) Letourneau, Sociologie, p. 207.

когда тотъ отказывается, онъ отдаетъ его богамъ вмѣстѣ съ остальными частями тѣла [1]). Эту связь каннибализма съ суевѣріемъ отмѣчаетъ и Ломброзо: «при пораженіи врага, говоритъ онъ, побѣдитель съѣдалъ побѣжденнаго изъ религіознаго суевѣрія; такъ, напр., по воззрѣнію ново-каледонійца самое большее несчастіе быть съѣденнымъ, тѣло и душа его исчезаютъ тогда на вѣки; наоборотъ, кто съѣдаетъ своего врага, тому нечего бояться отъ него въ вѣчной жизни; иногда же ограничиваются съѣденьемъ нѣкоторыхъ органовъ: сердца— для пріобрѣтенія храбрости, глазъ—для пріобрѣтенія зоркости, половыхъ органовъ — для пріобрѣтенія мужественности [2]).

Итакъ, человѣкъ, борясь съ человѣкомъ, во имя своего я и вынужденный на эту борьбу необходимостью самозащиты духовной и матеріальной, никогда не смогъ бы положить предѣлъ царству зоологическаго принципа необходимости, на который и до сихъ поръ опирается теорія государственнаго возмездія, если бы между борющимися силами не было бы приблизительнаго равенства, если бы человѣкъ не встрѣчалъ въ другомъ такой же дѣятельной силы сопротивленія, носителемъ которой онъ былъ и самъ и если бы такимъ образомъ не былъ вынужденъ признать рядомъ со своимъ

---

[1]) Letourneau. Soc., p. 209.
[2]) Lombroso, L'homme crim, p. 57.

правомъ и право другого. Оказывая отпоръ, онъ наказывалъ врага, побѣждая его, а чтобъ предохранить себя отъ возможности повторенія нападенія, онъ въ цѣляхъ предупрежденія съѣдалъ его, поглащая въ себя всю его жизнь, какъ видимую-физическую, такъ и внутреннюю духовную, вѣчно живую, всегда готовую воспрянуть и отмстить. «Ѣсть убитыхъ враговъ, которые сдѣлали бы съ ними тоже самое, если были бы побѣдителями, кажется полинезійцамъ въ высшей степени законнымъ» [1]). Отсюда мы видимъ, что самой первичной формой военной расправы и наказанія, самой древнѣйшей формой смертной казни было людоѣдство, наиболѣе безусловно ограждавшее отъ повторенія преступленія, какъ съ духовной, такъ и съ физической стороны. Такимъ образомъ, съ того момента, какъ появилось первое понятіе о правонарушеніи или преступленіи, какъ о вторженіи въ сферу личнаго блага, или права, а оно появляется съ первыми шагами человѣка въ жизни, появляется и смертная казнь въ формѣ людоѣдства, какъ единственная форма наказанія, доступная человѣку, когда онъ совмѣщалъ въ себѣ и потерпѣвшаго, и судью и карающаго мстителя. Въ самомъ дѣлѣ, если преступленіе проистекало изъ нарушенія права другого, то чѣмъ могло быть защищено нарушенное право, какъ не борьбой физической и по-

---

[1]) Letourneau, Sociologie p. 206.

бѣдой надъ врагомъ. Конкретнымъ и естественнымъ выраженіемъ побѣды было съѣденіе побѣжденнаго, доказательствомъ чему служатъ не только многочисленные факты собранные антропологами, но и данныя лингвистическія. Такъ Ломброзо, между прочимъ указываетъ, что въ санскритскомъ языкѣ однимъ и тѣмъ же словомъ *gur* выражались два понятія — побѣждать и ѣсть, подобно тому, какъ слово *pau* на языкѣ современныхъ намъ таитянъ означаетъ быть побѣжденнымъ и быть съѣденнымъ [1]).

Мало по малу и собственность и жизнь человѣка становятся подъ охрану семьи, рода, племени, націи и наконецъ государства; но каждой изъ этихъ стадій общественной организаціи свойственны особыя разноводности правъ и обязанностей; чувство общности, постепенно расширяясь, отъ семьи къ роду, отъ рода къ племени и т. д. и оказывая поддержку въ борьбѣ индивидума съ внѣшними врагами, заставила его путемъ самоограниченія, уважать права своихъ сочленовъ. Но борьба за право семейное, родовое и племенное выражалась все въ той же формѣ кровавой, звѣрской мести; въ этотъ періодъ, какъ и раньше, въ самомъ актѣ мести заключалось и наказаніе, причемъ требовалось, чтобъ лицо пострадавшее было и наказующимъ, въ случаѣ же смерти пострадав-

---

[1]) *Lombroso*, L' Homme crim, p. 38.

шаго, его могли замѣнить ближайшіе родственники и друзья. Такъ на о-вѣ Таити, гдѣ каннибализмъ сталъ уже рѣдокъ и гдѣ слѣды его видны лишь въ обычаѣ жертвоприношеній, а также иногда въ съѣденіи военноплѣннаго, принадлежащаго къ чужому племени, убійцу аттакуютъ обыкновенно друзья усопшаго; онъ защищается противъ нихъ однимъ лишь щитомъ; если его побѣждаютъ, все имущество его достается имъ въ награду, въ противномъ случаѣ онъ забираетъ у нихъ все [1]. Но людоѣдство является не вездѣ только первичной формой личной расправы, или расправы на полѣ битвы съ врагомъ, или же дома съ военноплѣнными, которыхъ за многолюдствомъ съѣдали не сразу, а иногда оставляли на нѣкоторое время и даже откармливали, чтобъ затѣмъ съѣсть [2]; нѣтъ, къ канибализму прибѣгали также какъ къ формальному, карательному средству въ нашемъ современномъ смыслѣ слова, когда родовой бытъ получалъ нѣкоторыя черты, свойственныя быту государственному; такъ, Летурно указываетъ [3], что на о-вѣ Боу въ Полинезіи существовала особая форма каннибализма судебнаго: убійцы тамъ осуждались на съѣденіе наравнѣ съ врагами и павшими на полѣ битвы соотечественниками. У

---

[1]) *Lombroso*, L' Homme crim. p. 83.

[2]) Ibid. p. 64.

[3]) *Letourneau*, Sociologie, p. 208.

батотовъ на Суматрѣ, племени земледѣльческаго, довольно культурнаго, имѣющаго свои законы, азбуку и литературу, существовала также эта форма „antropophagie juridique“. За супружескую измѣну, за ночное воровство, за измѣнническое нападеніе на городъ, селеніе или даже на отдѣльнаго человѣка, виновныхъ присуждали къ съѣденію толпой; приговоренныхъ привязывали въ этихъ случаяхъ къ тремъ доскамъ и по данному сигналу толпа бросалась на него съ топорами, ножами, рвала его ногтями и зубами. Въ случаяхъ супружеской измѣны, мужъ имѣлъ право на первый кусокъ—слѣды правъ потерпѣвшаго. [1])

Вообще человѣчество какъ прежде, такъ и теперь естественно смотрѣло и смотритъ на преступника, какъ на врага и долго продолжаетъ раздѣлываться съ нимъ тѣми же средствами, какъ съ врагомъ. Но у тѣхъ же бататовъ существовала и другая форма людоѣдства—«по сыновнему благочестію»; въ назначенный день, согласно обычаю, старикъ достигшій преклоннаго возраста взбирался на дерево, у подножія котораго собирались родственники его и друзья. Компанія эта, ритмически ударяя въ стволъ дерева, пѣла похоронный гимнъ, приблизительно слѣдующаго содержанія: «пришло время, плодъ созрѣлъ; пусть онъ падетъ». Затѣмъ, старикъ слѣзалъ съ дерева, ближайшій

[1]) Letourneau, Soc., p. 209—210.

родственникъ убивалъ его, а присутствующіе съѣдали затѣмъ его тѣло [1]). Фактъ этотъ показываетъ, что и въ эпоху каннибализма человѣкъ не лишенъ своеобразнаго чувства жалости и предпочитаетъ лучше съѣдать слабаго старика, чѣмъ оставлять его на произволъ судьбы и на съѣденіе звѣрямъ или врагу; такъ и мы подчасъ готовы предложить револьверъ нашему товарищу или родственнику, лишь бы помочь ему хотя бы самоубійствомъ спасти себя отъ безчестія. Вообще племена, предающіяся каннибализму, не лишены нравственнаго чувства; такъ, Летурно замѣчаетъ, что новозеландцы, такіе же людоѣды, какъ и бататы Суматры, не лишены человѣчности и даже нѣжности; когда убивали въ сраженіи кого либо изъ ихъ родственниковъ или друзей, они испытывали большое горе и царапали себѣ лицо до крови раковинами и острыми камнями, а также въ память дорогихъ мертвыхъ носили на шеѣ особыя каменныя фигурки. Они же, если убивали ихъ вождя, отдавали врагамъ и жену умершаго, которая должна была дѣлить участь своего мужа; «этого требовало международное право», замѣчаетъ Летурно; враги убивали ее и оба трупа вмѣстѣ съѣдали [2]). Тардъ съ своей стороны, ссылаясь на Жоли, говоритъ, что безнравственность дикарей преувеличиваютъ,

[1]) Letorneau, Sociologie p. 209.
[2]) *Leturneau*, Sociologie p. 207 и 206.

«недоказано, продолжаетъ онъ, что доброта, чувство справедливости и сѣмена добродѣтели суть позднія произведенія цивилизаціи; если добро существуетъ, несмотря на его многовѣковое подавленіе, значитъ оно было широко въ прошломъ» [1]. Даже Ломброзо не отрицаетъ существованія нравственно—правового чувства въ эпоху каннибализма: «каннибализмъ, внушенный местью, говоритъ онъ, получаетъ уже въ эпоху примитивную нѣкоторый нравственный и юридическій характеръ, который дѣлаетъ его дѣйствительнымъ зородышемъ права соціальной реп-рессіи». [2] Итакъ, въ самую темную пору существованія человѣка онъ былъ уже знакомъ съ тѣми же страстями, съ тѣми же чувствами, какъ и мы, онъ также вѣрилъ, любилъ, надѣялся и боролся какъ и мы, лишь внѣшнія проявленія его внутренняго міра были непосредственнѣе, грубѣе и проще, какъ и вся его жизнь, лишь чувства его охватывали несравненно меньшій горизонтъ, чѣмъ наши, но они были тѣми же знакомыми намъ чувствами, въ нихъ, какъ и въ герояхъ Илліады и Одиссеи, мы должны признать самихъ себя.

Такимъ образомъ въ то далекое время, когда съѣденіе врага или правонарушителя-преступника являлось единственной формой наказанія и мести, когда побѣда была единственнымъ правомъ, мы

---

[1]) *Tarde*, Philos. pèn. Chap. I, Consider. prélimin.

[2]) Lombroso, L'homme crimin, p. 64.

видимъ уже зачатки нравственнаго чувства боли, которое выражается въ ужасѣ ново-каледонійца передъ перспективой быть съѣденнымъ врагомъ, перспективой уничтоженія не только тѣла, но и духа; это чувство нельзя смѣшивать со страхомъ передъ физической болью, физической смертью, онъ мало былъ знакомъ человѣку въ то время, когда вокругъ лилось столько крови, когда вся жизнь была сплошной кровавой оргіей, когда быть съѣденнымъ своими, какъ у бататовъ съѣдали стариковъ, считалось высшимъ удѣломъ, чѣмъ умереть естественной смертью и когда на эту добровольную казнь шли, какъ на праздникъ, въ надеждѣ возродиться къ новой жизни черезъ усвоеніе родной молодой кровью собравшихся друзей. Такъ жилъ первобытный человѣкъ въ мірѣ призраковъ, казавшихся ему живою дѣйствительностью, а дѣйствительность казалась ему преходящимъ призрачнымъ сномъ. Мало-по-малу, однако, когда родовой бытъ все болѣе и болѣе крѣпъ, когда чувство общности по крови приводило къ чувству общности въ правѣ, людоѣдство какъ форма наказанія и мести въ нѣдрахъ рода или родового союза начало исчезать; чувствуя себя родными, равными слѣдоват., по крови и по праву, члены первобытнаго родоваго союза не удовлетворяются уже животнымъ насиліемъ, какъ санкціей права, а ищутъ другой болѣе высшей санкціи въ волѣ божества, ихъ верховнаго

родоначальника, выразителемъ и истолкователемъ завѣтовъ котораго является жрецъ. Но когда функціи карательнаго правосудія переходятъ къ жрецу, формы осуществленія его неизбѣжно смягчаются и случаи примѣненія его становятся рѣже. Выше мы указали уже, какъ въ періодъ вымиранія людоѣдства въ качествѣ личной карательной мѣры, въ рукахъ жреца оно превращается уже въ жертвенное сожженіе, въ посвященіе тѣла и духа преступника божеству, претворяя такимъ образомъ ужасъ смерти и духовнаго уничтоженія въ надежду на искупленіе въ будущей жизни и лишь въ символическомъ обычаѣ предлагать лѣвый глазъ начальнику племени сохраняется слѣдъ связи карательнаго жертвоприношенія съ былымъ правомъ съѣдать преступника, принадлежавшимъ раньше потерпѣвшему, а затѣмъ главѣ рода.

Смертная казнь въ видѣ жертвоприношенія мы видимъ не у однихъ дикихъ и варварскихъ племенъ, но и у многихъ историческихъ народовъ, стоявшихъ на высокой ступени цивилизаціи; такъ, проф. Кистяковскій указываетъ, что греки приносили въ жертву дѣтей, военноплѣнныхъ и, наконецъ, преступниковъ. По разсказу Страбона на о-вахъ Левкоѣ и Родосѣ ежегодно въ видѣ жертвы низвергали со скалы одного преступника; въ Римѣ подъ словомъ *supplicium* сначала понималось жертвоприношеніе, а затѣмъ уже государственное на-

казаніе; принесеніе въ жертву преступниковъ было особенно распространено у галловъ и скандинавовъ, гдѣ жрецы сосредоточивали верховное управленіе страною; въ жертву приносились преступники, военноплѣнные, рабы и рѣдко граждане. Принесеніе въ жертву людей и въ частности преступниковъ составляло въ Скандинавіи праздникъ, куда стекался весь народъ, не исключая короля и вождей народа. «Лицо, обреченное въ жертву, было окружаемо почестями, одаряемо подарками и пышно украшаемо; ему обѣщали счастливую жизнь по смерти. Кровь убитаго собиралась въ чашу и кропили ею стѣны храма и народъ. Мясо съѣдалось на пиру въ передней части храма»; въ Мексикѣ тоже самое, но мясо казненнаго съѣдалось, одними только жрецами [1]). Слѣды переживанія этого обычая мы видимъ и по нынѣ въ Европѣ; такъ, до сихъ поръ еще толпа брасается собирать кровь казненнаго, которая по народному суевѣрію спасаетъ отъ болѣзней, въ особенности отъ эпилепсіи, а иногда у палачей покупаютъ даже человѣческій жиръ, какъ лѣкарство для дѣтей; эти случаи наблюдались въ Швеціи въ 1876, Неаполѣ— 1884 и Парижѣ—1887. [2])

Ф. Эли видитъ въ обычаѣ искупительныхъ жертвъ выраженіе принципа нравственнаго правосудія; тотъ

---

[1]) *Кистяковскій*, Смертная казнь, стр. 247—250.

[2]) Rebaudi. La pena etc—p. 104—105.

же принципъ, по его мнѣнію, сказывается и въ обычаяхъ тальона и композицій, общихъ всѣмъ варварскимъ народамъ [1]; принципъ этотъ началъ вырабатываться, какъ мы видѣли, на почвѣ самой ужасной звѣрской борьбы и, окрещенный кровью, легъ основой смягченію нравовъ и далъ незыблемую опору праву. Обычай карательныхъ жертвоприношеній и тальона мы встрѣчаемъ дѣйствительно у всѣхъ народовъ, какъ первую попытку правового сознанія установить границы обязанностей и правъ между членами рода, первыя усилія человѣка объективировать право, признать въ извѣстной мѣрѣ и за собой и за другимъ право удовлетворить соразмѣрнымъ воздаяньемъ чувство нравственной боли, причиняемой ему нарушеніемъ его благъ, этого неотъемлемаго достоянія его «я». Но и въ эпоху существованія тальона осуществленіе наказанія принадлежало все-таки прежде всего самому потерпѣвшему или его близкимъ, а если преступленіе задѣвало права многихъ, то всему народу, главѣ рода или жрецу. Въ преступленіяхъ же противъ личности право воздаянія и право на выкупъ потерпѣвшій долго не уступалъ никому, подобно современнымъ бедуинамъ, которые, по словамъ Ломброзо, до сихъ поръ не терпятъ, чтобъ властелинъ ихъ наказывалъ убійцу;

---

[1]) *Beccaria*, Des délits etc. Introduct par F. Hélie.

они сами должны объявить войну ему и его семьѣ [1]). Такъ же мало признавали это право за властителями и народы средневѣковой Европы; такъ, еще при Густавѣ-Ваза въ дѣлѣ помилованія преступниковъ за государемъ непосредственно не признавалось этого права, онъ могъ миловать только тогда, когда за осужденнаго ходатайствовала семья потерпѣвшаго [2]). Тоже мы видимъ по словамъ Ребауди, въ XIII вѣкѣ и въ Италіи; за государственной властью признавалось лишь право юрисдикціи да и то не вездѣ безусловно; такъ, въ Англіи до конца XVIII вѣка за обвиняемымъ оставалось право отказаться отъ суда и никто не могъ принудить его идти въ судъ и подчиниться судебному приговору; правда, государственная власть отвѣчала на такую обиду особаго рода пыткой и это единственный случай примѣненія пытки въ Англіи, пытки, состоявшей въ поперемѣнномъ кормленіи сухимъ хлѣбомъ безъ воды и затѣмъ въ слѣдующіе дни одной водой безъ хлѣба, пыткой отъ которой на 40-й день почти неизбѣжно умиралъ упрямецъ, если воля его оставалась непреклонной, но непреклонностью своей онъ спасалъ свою честь отъ посрамленія судебнымъ приговоромъ и передавалъ дѣтямъ «чистую кровь»

---

[1]) *Lombroso*, L'homme crimin., p. 77.
[2]) *Holtzendorff*, Das Verbr. d. Mordes etc. s. 315, not. 119.

какъ выражались англичане, а съ нею вмѣстѣ и всѣ права на имущество.

Мы видимъ такимъ образомъ, что съ переходомъ каннибализма, какъ первичной формы смертной казни, въ форму карательнаго жертвоприношенія съ одной стороны и тальона—съ другой, родовой бытъ сдѣлалъ большой шагъ впередъ. Карательное жертвоприношеніе мало-по-малу превращается въ символъ, въ видѣ котораго мы и теперь еще находимъ слѣды его у нѣкоторыхъ культурныхъ народовъ, какъ напр., у магометанъ и евреевъ въ видѣ обрѣзанія, знаменующаго нѣкогда существовавшій обычай приношенія дѣтей въ жертву, замѣнившій еще болѣе ранній обычай людоѣдства вообще. Замѣчательно, что обычай обрѣзанія сохранился преимущественно у семитовъ и частью у монголовъ, культурные представители которыхъ и до сихъ поръ легче предаются людоѣдству въ случаяхъ крайней нужды, чѣмъ племена арійскія [1]). Съ переходомъ смертной казни въ руки жрецовъ и съ возникновеніемъ обычая тальона, положившаго объективныя границы мщенію, нравы мало-по-малу смягчаются и въ позднѣйшихъ фазисахъ родового быта мы уже почти не застаемъ наказанія смертью, оно замѣняется выкупомъ, такъ это мы видимъ въ Римѣ, совершенно отмѣнинив-

---

[1]) *Letourneau*, Sociologie, p. 213.

шемъ по закону Порція смертную казнь, возстановленную уже впослѣдствіи въ императорскій періодъ; то же мы видимъ въ Англіи, въ эпоху Альфреда Вел. и вообще во всей Европѣ въ эпоху разцвѣта родовой жизни и вліянія церкви, упорно отказывавшейся вплоть до XII вѣка санкціонировать смертную казнь и примирившейся съ ней лишь съ момента возникновенія еретическихъ движеній. Выкупъ, замѣнявшій смертную казнь въ родовомъ бытѣ, платился обыкновенно деньгами, а у нѣкоторыхъ народовъ и рабами; такъ, у современныхъ авганцевъ за убійство 1 человѣка даютъ выкупъ въ количествѣ 12 женщинъ, за искалѣченіе руки — 6 женщинъ, уха или носа — 3, за 1 зубъ — 1 женщину [1]).

Переходъ отъ кровной мести и жертвоприношенія къ выкупу знаменуетъ уже ослабленіе кровной связи рода и здоровое народное чувство не допускаетъ уже, чтобъ психологически ослабѣвшее чувство гнѣва и кровной обиды выражалось въ несоотвѣтствующей ему по силѣ кровавой формѣ воздаянія, ненаходившаго уже нравственнаго стимула въ исполнителѣ, но оно не допускало, однако безнаказанно попирать право, а потому и нашло себѣ выходъ въ формѣ выкупа. Лишь въ преступленіяхъ особо личнаго характера, заставлявшихъ особенно ярко ощущать сопряженную съ

[1]) *Lombroso*, Z'homme crimin, p. 85.

ними нравственную обиду, воздаяніе продолжало оставаться кровавымъ и выразилось въ формѣ поединка, долго служившаго раньше и обычнымъ способомъ судебнаго доказательства. Эта форма верховнаго правосудія крови сохранилась въ Европѣ до нашихъ дней. Никакія мѣры правительства, никакія унизительныя наказанія не смогли уничтожить этого обычая, говоритъ Holtzendorff, и правительства, которымъ удалось лишить дворянство всѣхъ его политическихъ правъ, оказались безсильными въ борьбѣ съ этимъ обычаемъ, потому что духовная природа человѣка не допускаетъ представительства въ дѣлѣ личнаго нравственнаго чувства, это значило бы отказаться отъ своего духовнаго я. Итакъ, ощущая раньше всякое вторженіе въ свое право, какъ личную обиду, какого бы характера ни было это вторженіе, человѣкъ мало-по-малу началъ различать его по объективнымъ и субъективнымъ признакамъ и всю силу нравственной боли нарушеннаго права сосредоточивалъ преимущественно на тѣхъ правонарушеніяхъ, которыя задѣвали главнымъ образомъ духовныя блага личности, его честь; жизнь и имущество казались ему не столь неразрывно связанными съ его духовной личностью, потому что за предѣлами жизни земной, передъ нимъ открывалась жизнь вѣчная, лишь одна честь, это высшее выраженіе духовнаго я человѣка, лишь одна

она ничѣмъ не могла быть удовлетворена, лишь одна она требовала и требуетъ до сихъ поръ очищенія кровью. И горе тѣмъ народамъ, которые перестали ощущать этотъ святой гнѣвъ, раньше чѣмъ научились прощать другія, болѣе матеріальныя обиды; заглушивъ этотъ гнѣвъ, они заглушаютъ въ себѣ послѣднюю искру правового чувства, а безъ него ихъ мягкость будетъ слабостью, ихъ строгость трусливой жестокостью.

Но какія разнообразныя проявленія, какія разнообразныя формы принимала эта единая въ своей основѣ правовая борьба на различныхъ фазисахъ исторіи человѣческаго бытія, какія разнообразныя, поучительныя въ самомъ различіи своемъ, формы принимала она у различныхъ племенъ и даже классовъ одного и того же народа. Въ этихъ оттѣнкахъ скрывается цѣлая лѣстница болѣе или менѣе обостреннаго правового чувства, рисуя передъ нами волнообразныя линіи исторической поверхности жизненной рѣки, къ широкоразлившемуся устью которой приближается нынѣ Западная Европа. Такъ, правовое чувство, порожденное общностью свойствъ природы людей, выразилось не сразу въ созданіи одного общаго права, хотя бы для всѣхъ членовъ рода, нѣтъ, опираясь на силу и защищенное только ею, оно очень рано проявилось уже въ такъ называемыхъ особыхъ правахъ или привилегіяхъ, развитіе которыхъ можно прослѣдить въ

двухъ направленіяхъ: въ сторону сильнѣйшихъ и въ сторону слабѣйшихъ. Такъ, по закону 12 таблицъ за поврежденіе костей свободному человѣку платилось 300 ассовъ, рабу—150 ассовъ; тѣ же классовыя различія замѣтны и въ отношеніи къ воровству у ново-зеландцевъ, кафровъ, монголовъ въ Тибетѣ и Бирманіи [1]) Браминъ могъ быть наказанъ только обрѣзаніемъ волосъ или изгнаніемъ и ничѣмъ больше. Кшатріа платилъ за одно и тоже меньшій штрафъ, чѣмъ ваисіа [2]). Въ древнемъ Китаѣ преступникъ царской крови не могъ быть казненъ на публичной площади, его казнили тайно; въ старо-китайской исторіи встрѣчается много случаевъ, когда властелинъ посылалъ министру или военачальнику мечъ, чтобы тотъ самъ себя закололъ; простыхъ же людей казнили сразу всѣхъ вмѣстѣ и не держали въ тюрьмахъ [3]). Не только кровь царская, члена высшаго сословія или духовенства, но и полъ, возрастъ и даже физическіе недостатки освобождали иногда отъ смертной казни: по китайскому уложенію тотъ, кто лишонъ былъ глазъ, или одной изъ конечностей, могъ по правилу откупиться отъ наказанія; слѣпые лишонные обѣихъ конечностей, подлежали милости властителя [4]). Женщины въ родовыхъ союзахъ лично не

[1]) *Lombroso*, L'homme crimin, 81—82.

[2]) *Post*, *Bausteine* s. 246.

[3]) Ibid, s 247.

[4]) Ibid. s. 245

отвѣтствовали за преступленія, а лишь союзъ платилъ за нихъ штрафъ. На слѣдующихъ ступеняхъ общественнаго развитія это сказывается въ сравнительно меньшей отвѣтственности женщинъ, такъ, по закону Ману женщина наказывается меньше, чѣмъ мужчина; то же мы видимъ въ старо-англійскомъ и старо-германскомъ правѣ; по послѣднему женчины не подлежали изгнанію, а въ венгерскомъ правѣ женщины не подлежали смертной казни [1]). Постъ объясняетъ эту мягкость стараго закона къ женщинамъ ихъ безправьемъ, между тѣмъ безправные рабы, какъ извѣстно, вездѣ наказывались строже свободныхъ; такъ, въ Германіи въ эпоху меровинговъ и карловинговъ несвободные преступники часто несли большее наказаніе, нежели свободные [2]). Зато преступленіе совершонное вблизи мѣста нахожденія лица, пользовавшагося особыми правами, а также вблизи храма, наказывалось строже; это замѣтно въ англійскомъ правѣ, польскомъ и у инковъ, у которыхъ малѣйшее воровство наказывалось при такихъ обстоятельствахъ смертью; то же мы видимъ въ Китаѣ въ отношеніи религіозныхъ мѣстъ и учрежденій [3]). По мнѣнію Кистяковскаго изъятіе отъ смертной казни высшихъ сословій въ Римѣ, Англіи, Франціи и

[1]) Post, Baust., s. 245—246.
[2]) Ibid., s. 248.
[3]) Ibid. s. 249.

Россіи нельзя считать признакомъ уваженія къ человѣческому достоинству или даже началомъ уменьшенія смертныхъ казней [1]), тѣмъ не менѣе онъ находитъ, что въ періодъ усиленія государственной власти, а слѣдоват., и умаленія правъ высшихъ сословій, добавимъ отъ себя, увеличивается число смертныхъ казней; это противорѣчіе заставляетъ его искать причину уменьшенія смертной казни не въ нравственномъ источникѣ правового чувства, не допускавшаго крови съ ослабленіемъ кровныхъ узъ, а въ экономическомъ интересѣ, который убѣждаетъ человѣка, что для него выгоднѣе получить за свою обиду и потери матеріальное вознагражденіе, чѣмъ успокоить себя убійствомъ врага [2]). Почему же въ такомъ случаѣ дуэль не можетъ до сихъ поръ замѣниться выкупомъ или найти какой либо другой исходъ оскорбленному правовому чувству? Съ другой стороны проф. Кистяковскій со словъ Миттермайера говоритъ, что послѣ учрежденія Римской Республики и честь, и свобода и гражданственность стали пользоваться высокимъ уваженіемъ, тамъ возникъ взглядъ, что смертная казнь идетъ только для грубыхъ и несвободныхъ людей—отсюда lex Porciae, отмѣнившая смертную казнь, которая не возстановлялась во все время республики вплоть до воцаренія Имперіи на

[1]) Кистяковскій, см. казнь стр. 160.

[2]) Ibid., 109.

пространствѣ 250 лѣтъ. Неужели же человѣческое достоинство стало уважаться болѣе въ эпоху Нерона или Калигулы, когда вмѣстѣ съ рабами одной и тойже казни стали подвергать и патриціевъ и всѣхъ свободныхъ гражданъ. Нѣтъ, въ такомъ уравненіи нельзя видѣть признанія равнаго человѣческаго достоинства въ рабѣ и свободномъ; это было уравненіе въ безправіи, отрицаніе всякаго права, всякаго достоинства за человѣкомъ, котораго не спасали даже тѣ внѣшнія проявленія этого достоинства, которыя какъ привиллегіи кровныхъ узъ съ римскимъ племенемъ, какъ выраженіе историческихъ заслугъ этого племени или отдѣльныхъ родовъ его, почитались въ старомъ римскомъ правѣ. Это уравненіе въ безправіи показывало только, что въ императорскомъ Римѣ правовое чувство заглохло, его не могли защитить ни рабы, ни свободные, а потому и тѣ и другіе были приравнены къ рабамъ и въ этомъ рабствѣ нашли выраженіе своему безсилію какъ побѣжденные. Съ этого момента девизъ hominum causa omne ius constitutum est былъ уже стертъ со скрижалей римскаго права.

Напротивъ, эволюція права всегда шла отъ частнаго къ общему; плебеи, борясь съ патриціями, не создавали себѣ новыхъ правъ и не добивались уничтоженія правъ патриціевъ, а требовали лишь, чтобы права этихъ послѣднихъ были роспространены и на нихъ и прежде всего право на connubium,

на строго охраняемый религіей законный бракъ со всѣми его юридическими послѣдствіями, вступать въ который по закону 12 таблицъ могли лишь одни патриціи, плебеи же добились этого права по lex Canuleia и это было первымъ шагомъ къ уравненію правъ обоихъ сословій; плебеи хорошо понимали, что первоначальный источникъ всякаго права лежитъ въ крови и духѣ и лишь узы крови и духа давали опору и охрану правъ; императорскій же Римъ, расшатавъ патріархальный складъ семьи, отнялъ у римскаго народа обѣ эти опоры, а съ ними отнялъ и всякое право, какъ побѣдитель отнимаетъ его у побѣжденнаго. Естественно поэтому, что съ отнятіемъ у народа охраны правъ, у него отнята была и иниціатива въ правѣ карательномъ и кровь полилась снова, какъ она лилась раньше до упроченія родоваго быта, лишь полилась она преимущественно на охрану правъ государства, выразившагося тогда въ одномъ лицѣ римскаго цезаря. Между тѣмъ раньше можно наглядно прослѣдить какъ шло смягченіе карательнаго правосудія; оно конечно проявлялось не сразу по отношенію ко всѣмъ членамъ племени, а сначала завоевывалось, какъ привиллегія лишь особо выдающимися членами его; такъ, мы видимъ что въ извѣстный періодъ развитія человѣчества всякій могъ подвергнуться смертной казни и даже съѣденію, либо по личной мести, либо по мести родовой,

либо по приговору общественному. Но уже очень рано выступаетъ особая группа людей, которая въ силу положенія своего выдѣляется изъ общей массы могущихъ подвергнуться наказанію. И такъ какъ религія была первой, лучшей хранительницей правовыхъ обычаевъ, то мало-по-малу хранители религіи, жрецы, маги, волшебники, прежде чѣмъ сдѣлаться начальниками племени или страны, разсматривались уже какъ лица священныя, пользовавшіяся почти безусловной безнаказанностью и покушеніе на законы введенные ими, считалось преступленіемъ и по мнѣнію нѣкоторыхъ съ этого именно времени рождается идея общественнаго преступленія [1]). Это мы видимъ въ теократіяхъ этрусковъ, друидовъ, индійцевъ, египтянъ и евреевъ; всякое оскорбленіе божеству считалось тамъ преступленіемъ, а жрецъ признавался выразителемъ правъ гражданина и государства [2]). Послѣ представителей религіи были изъяты отъ смертной казни вожди и военачальники; такъ, у бамбарасовъ кража наказывалась смертной казнью, но это наказаніе не примѣнялось къ сыну властителя [3]), то-же самое наблюдается и у другихъ племенъ, какъ это мы уже указывали выше.

Такимъ образомъ лишь въ эпоху полнаго раз-

---

[1]) *Rossi*, Traite' du droit pénal, Considerat. prélimin.

[2]) *Loombroso*, L'homme crimin, p. 75.

[3]) Ibid., p. 81.

цвѣта родовыхъ союзовъ эти особыя права сдѣлались мало по малу достояніемъ всѣхъ членовъ рода и смертная казнь была уничтожена для всѣхъ членовъ союза. Но далеко не всѣ племена знали этотъ моментъ развитія и только наше время позволяетъ себѣ мечтать, пока вопрочемъ безплодно, объ общей отмѣнѣ смертной казни для всякаго, носящаго имя человѣка. Даже такое сравнительно узкое осуществленіе этой мечты, какъ отмѣна смертной казни для всѣхъ гражданъ племеннаго союза, выпало на долю лишь римскаго народа и немногихъ племенъ средневѣковой Европы. Восточные народы, населявшіе колыбель рода человѣческаго и пережившіе безчисленныя смѣны завоеваній, рано замкнулись въ касты, выросшія на почвѣ этихъ завоеваній и порабощенія и общественный бытъ ихъ рано вылился въ форму теократическихъ государствъ. Одинъ римскій народъ, живя въ сторонѣ отъ большой исторической дороги, проторенной на протяженіи тысячелѣтій старѣйшими по культурѣ народами, продолжавшими пожирать другъ друга, борясь за первенство и ютясь возлѣ великихъ историческихъ центровъ—Месопотаміи, Египта и Индіи, лишь одинъ римскій народъ успѣлъ безъ большой помѣхи развить свое народное право, быть можетъ, отчасти пользуясь и отголосками опыта менѣе счастливыхъ своихъ старшихъ братьевъ, какъ о томъ намекаетъ пре-

даніе по поводу заимствованія законовъ 12 таблицъ изъ Греціи. Какъ бы то ни было, лишь одни Римляне съумѣли во время расчленить основное понятіе права на fas и ius и въ этомъ все ихъ величіе.

Но и римскій народъ, и народы средневѣковой Европы, прежде чѣмъ достичь уровновѣшеннаго склада правовой жизни, прошли цѣлую скорбную лѣстницу борьбы и на смѣну карательныхъ жертвоприношеній у нихъ, какъ и у другихъ менѣе счастливыхъ народовъ, выступали послѣдовательно самыя разнообразныя формы смертной казни. Но всѣ эти разнородныя формы карающаго меча Фемиды, какъ и карательное людоѣдство, находили свой прототипъ въ орудіяхъ войны, по вѣрному замѣчанію Поста [1]), причемъ нѣкоторыя изъ нихъ остаются и по нынѣ исключительнымъ достояніемъ свѣтской расправы, другія же берутъ свое начало въ жертвоприношеніяхъ. Такъ, сожженіе, закапываніе живыми, утопленіе и повѣшеніе берутъ начало въ обычаѣ человѣческихъ жертвоприношеній; по древнегерманскому обычаю жертвоприношеніе людей совершалось подъ священными дубами и жертвы вѣшались на вѣтвяхъ этихъ священныхъ деревъ. Какое грустное превращеніе акта религіознаго вѣрованія въ актъ уголовнаго возмездія! То же превращеніе видимъ мы и въ формѣ зака-

[1]) Post, s. 201.

пыванія въ землю, которое раньше было актомъ религіознымъ: жена должна была слѣдовать за мужемъ въ загробную жизнь, а потому ее хоронили живою [1]). Что касается свѣтскихъ формъ казни въ первобытныя времена, то когда орудіями борьбы съ врагомъ были камень или дубина, тѣ же орудія употреблялись и при смертной казни, что мы видимъ въ побіеніи камнями преступника, въ бичеваніи, въ нанесеніи удара дубиной въ затылокъ и т. п. Появленіе меча и сабли въ обиходѣ войны привело къ отсѣченію головы, а кинжала—къ закапыванію [2]).

Нѣтъ никакой возможности перечислить здѣсь всѣ когда-либо практиковавшіеся виды смертной казни; но какую поучительную картину представили бы они, какъ ярко сказались бы въ нихъ всѣ уродливыя уклоненія нравственнаго чувства, вся изобрѣтательность человѣка въ злѣ, все равно, изощрялось ли оно въ преступленіи или карѣ. Не будучи въ силахъ представить эту картину во всей ея полнотѣ, мы ограничимся здѣсь перечнемъ наиболѣе употребительныхъ формъ казни, какъ у европейскихъ, такъ и у другихъ народовъ, не претендуя на ея полноту [3]).

---

[1]) Post, s. 202.

[2]) Ibid. 202.

[3]) Мы заимствуемъ наши данныя преимущественно у Поста, Кистяковскаго и Сергѣевскаго.

Сожженіе, имѣетъ большое распространеніе въ Абиссиніи, Китаѣ, въ законахъ Ману, Моисея, въ древне-валисскомъ, римскомъ правѣ, древне-германскомъ и вообще въ средніе вѣка въ Европѣ, въ правѣ царя Душана, венгерскомъ правѣ и въ Россіи спеціально за богохульство, за умышленный поджогъ города или двора и за обращеніе православнаго въ мусульманскую вѣру. Въ Россіи сожигали на кострѣ и срубѣ.

Закапываніе въ землю живыми или закладываніе въ стѣны—по мусульманскому праву, по древне-германскому, у римлянъ и въ средніе вѣка. Окапываніе же землею по плечи, по словамъ Поста [1]), встрѣчается только у Корейцевъ и у русскихъ; объ этой казни мы находимъ у проф. Сергѣевскаго, что ей подвергались жены за убійство мужей: «вкапываются по плечи и остаются безъ пищи и питья до наступленія смерти; къ закопанной приставлялась стража, которая должна была наблюдать, чтобы никто не кормилъ и не поилъ несчастной, а днемъ около нея находился священникъ, который съ зажженной восковой свѣчой читалъ молитву. Мучительная голодная смерть наступала не скоро; по свидѣтельству очевидца не ранѣе 2, 3, 7 дней, рѣдко на 12-й и крайне рѣдко, въ теплое время года, на 23-й и 31-й день»; эта

---

1) Post, s. 197.

казнь встрѣчается до 1740 года; тѣло жертвы предварительно жгли огнемъ [1]).

Распятіе — казнь восточнаго происхожденія, встрѣчается въ Японіи, въ законодательствѣ Ассиріи, Абиссиніи, древнемъ Египтѣ, въ римскомъ правѣ, у славянъ, но совершенно отсутствуетъ у германцевъ.

Повѣшеніе—встрѣчается въ древнемъ Египтѣ, мусульманскомъ правѣ, у кельтовъ, скандинавовъ и германскихъ племенъ, въ славянскихъ земляхъ и на о-вѣ Таити. Въ Россіи объ этой казни есть, по словамъ проф. Сергѣевскаго, данныя уставной дворянской грамоты, относящейся къ 1397 году. Въ 1719 году въ Россіи вводится особая форма— повѣшеніе за ребро, которое производилось посредствомъ желѣзнаго крюка, прикрѣплявшагося къ висѣлицѣ. Повѣшенные оставались на висѣлицѣ долго, иногда по нѣсколько лѣтъ. Такъ, въ 1610 году березовскій воевода лишь по истеченіи трехъ лѣтъ испрашиваетъ въ Москвѣ разрѣшеніе о снятіи съ висѣлицъ тѣлъ казненныхъ за бунтъ остяковъ [2]).

Задушеніе — самая обычная форма казни по китайскому законодательству; оно встрѣчается также у евреевъ, которые накидывали обыкновенно на шею веревку, концы которой затягивали двое.

---

[1]) *Сергѣевскій*. Наказаніе въ Рос. прав. XVII вѣка, стр. 108—109.

[2]) Ibid стр. 128.

Утопленіе—употребляется въ Ачинѣ на Суматрѣ, по закону Ману, по старо-германскому праву, въ средніе вѣка, на о-вѣ Таити и Раротонга. Въ Россіи употреблялось во время народныхъ волненій, какъ-то въ царствованіе Василія Шуйскаго и Алексѣя Михайловича. Послѣ пораженія и взятія въ плѣнъ Болотникова въ 1507 году утоплено было около 4.000 человѣкъ; въ Россіи оно употреблялось преимущественно зимою; «плѣнныхъ мятежниковъ каждую ночь выводили сотнями, ставили въ рядъ и убивали ихъ какъ быковъ, ударяя дубиной по головѣ, а тѣла спускали подъ ледъ въ Яузу» [1]). Всѣ эти формы казни проистекаютъ, какъ мы сказали выше, изъ обычая жертвоприношеній [2]), обычай же этотъ, какъ извѣстно, связанъ въ основѣ своей съ самымъ первичнымъ религіознымъ культомъ, съ обоготвореніемъ предковъ, творцовъ-родоначальниковъ племени; племя это ихъ твореніе, ихъ неотъемлемое достояніе, въ жилахъ его течетъ ихъ кровь, въ душѣ пламенѣетъ ими зажженная искра жизни. Какъ сынъ или дочь есть неотъемлемое созданіе, а слѣдоват. и достояніе отца, вдохнувшаго въ нихъ жизнь, создавшаго ихъ силой своего творчества и удѣлившаго имъ часть своего существа, такъ, племя есть такое же неотъемлемое достояніе творца племени—божества. А такъ какъ жизнь божест-

---

[1]) *Сергѣевскій*, Наказ. въ Рос. Пр., стр. 103.
[2]) *Post*, s. 202.

веннаго духа рисовалась въ воображеніи дикаря на подобіе его собственной жизни, вынуждавшей часто въ годину народныхъ бѣдствій, голода и невзгодъ пожирать собственныхъ дѣтей, то тотъ же голодъ могли ощущать и обоготворенные предки или божества. Отсюда обычай человѣческихъ жертвоприношеній для умилостивленія неудовлетвореннаго разгнѣваннаго божества, отсюда покорность жертвы и радостное чувство исполненнаго долга, которое скрашивало предсмертныя муки, отсюда въ частности жертвоприношеніе и преступниковъ, нарушавшихъ нравственный завѣтъ божества и навлекавшихъ тѣмъ его гнѣвъ.

Перейдемъ теперь къ другимъ не менѣе древнимъ, но неосвѣщеннымъ обычаемъ жертвоприношенія, формамъ казни, имѣющимъ прямую связь съ орудіемъ первобытной войны; таковыми были:

Побіеніе каменьями, встрѣчающееся въ Абиссиніи, Коканѣ, у Ацтековъ, въ Моисеевомъ законѣ и мусульманскомъ правѣ, древне-германскомъ правѣ и у скандинавовъ [1]).

Бичеваніе до смерти—весьма употребительно въ Африкѣ. Въ Сеннаарѣ удары дубиной наносятся въ грудь, въ Конго—въ затылокъ. Къ этой же формѣ казни можно причислить и нѣмецкіе шпицрутены.

Отсѣченіе головы — одна изъ древнѣйшихъ

[1]) Post, s. 191.

формъ казни, видоизмѣнявшаяся сообразно видоизмѣненію орудія наказанія; оно встрѣчается въ Китаѣ, Японіи, Бирманѣ, Тонкинѣ, въ индійскомъ и мусульманскомъ правѣ, въ древнемъ Египтѣ; римскомъ правѣ, въ старо-валлисскомъ правѣ, у германскихъ племенъ и у евреевъ. Въ Россіи эта казнь принадлежитъ къ числу наиболѣе древнихъ, совершавшихся при помощи топора, который впервые былъ замѣненъ мечемъ Петромъ Великимъ. Болѣе поздняя и менѣе распространенная казнь—

Закалываніе, употребляющееся у Арауканов и Яванцевъ; орудіемъ казни служитъ кинжалъ.

Разстрѣляніе—исключительная форма казни въ Черногоріи и общая военная смертная казнь въ Европѣ. Въ Россіи впервые введена Петромъ Великимъ.

Разрываніе или размозженіе тѣла при помощи лошадей или колесницы у Арауканов, въ древне-германскомъ правѣ, въ Римѣ, Китаѣ, у монголовъ, у вавилонянъ временъ Навуходоносора; въ Авестѣ и китайскомъ правѣ находимъ сверхъ того изрубленіе тѣла въ куски—дихотомія. Сюда относится тяжкая смертная казнь по современному китайскому праву, такъ называемое разсѣченіе на тысячу кусковъ. Преступника привязываютъ ко кресту и палачъ вынимаетъ изъ закрытой корзины рядъ ножей, на коихъ обозначены названія различныхъ частей тѣла. Звѣрская операція начи-

нается съ той части тѣла, которая окажется обозначенной на первомъ вынутомъ ножѣ и т. д. до тѣхъ поръ, пока не вынется тотъ ножъ, на которомъ значится отнятіе головы. Къ этому же роду казни нужно отнести и

Четвертованіе, практиковавшееся въ средневѣковой Европѣ, въ Россіи отсѣкали при этомъ топоромъ руки и ноги, а затѣмъ голову; такъ казнили Стеньку Разина; иногда рвали тѣло клещами. Это самая старая форма смертной казни на Руси, встрѣчавшаяся еще въ XV вѣкѣ [1]).

Растаптываніе тѣла животными—въ Тонкинѣ, у Китайцевъ, на Цейлонѣ, у Индійцевъ—при помощи слоновъ и лошадьми—по древне-германскому праву.

Пожираніе животными—въ древнемъ Римѣ, ассирійскомъ законодательствѣ и растерзаніе собаками по закону Ману.

Сдираніе кожи — въ Абиссиніи, по закону Авесты, въ Китаѣ [2]), а по Кистяковскому также въ Германіи, Франціи и Англіи [3]).

Вытягиваніе кишокъ—казнь извѣстная только въ Германіи; этимъ способомъ казнили за воровство земледѣльческихъ орудій и за сдираніе коры съ деревьевъ; есть преданіе, что этой казнью каз-

---

1) *Сергѣевскій,* Наказ., стр. 219.

2) Post, s. 198.

3) Кистяковскій, стр. 259.

нили также и въ юго-западной Россіи за воровство пчелъ. Она состояла въ томъ, что вытянутую изъ разрѣзаннаго живота кишку приколачивали гвоздемъ къ дереву и заставляли осужденнаго ходить вокругъ дерева до тѣхъ поръ, пока онъ не умиралъ [1]).

Кипяченіе въ маслѣ и винѣ—употреблялось въ Китаѣ и Германіи въ XIV и XV вѣкахъ.

Колесованіе—спеціально германскаго происхожденія [2]). Въ Россіи впервые введена была эта казнь въ концѣ XVII вѣка; несчастныя жертвы иногда цѣлые дни мучились на колесѣ съ раздробленными членами и молили палачей добить ихъ.

Вливаніе расплавленнаго свинца или кипящей жидкости въ горло—у евреевъ и по закону Ману. Въ Россіи употреблялась эта казнь спеціально за воровское денежное дѣло; горячее олово иногда прожигало шею насквозь и выливалось наружу.

Сажаніе на колъ или на копье—на Юкатанѣ, у караибовъ, у кандійцевъ на Цейлонѣ, въ ассирійскомъ правѣ, въ законѣ Ману, у германцевъ. Въ Россіи это одна изъ древнѣйшихъ формъ казни; духовное напутствіе предлагалось жертвамъ во время сидѣнія на колѣ. У Сергѣевскаго находимъ такое свѣдѣніе объ этой казни со словъ оче-

---

[1]) Кистяковскій, См. к. 250.

[2]) Post. s. 98.

видца: «и сидитъ на томъ штилѣ преступникъ дотолѣ, пока изсохнетъ и выкоренится яко вяла рыба, такъ-что когда вѣтеръ повѣетъ, то онъ крутится кругомъ, якъ мельница и тарахтятъ всѣ его кости, пока упадутъ на землю» [1]).

Всѣ перечисленныя формы казни, несмотря на то, что каждая изъ нихъ уже сама по себѣ крайне жестока, дѣлятся тѣмъ не менѣе по степенямъ; такъ напр., въ Китаѣ удушеніе считается болѣе легкимъ наказаніемъ, чѣмъ отсѣченіе головы, ибо въ послѣднемъ случаѣ тѣло казненнаго не выдается его семейству, а голова выставляется публично. У евреевъ побіеніе камнями считалось болѣе тяжелой казнью, нежели сожженіе, сожженіе болѣе тяжелой, чѣмъ обезглавливаніе, а послѣднее болѣе тяжелой, чѣмъ удушеніе [2]). У каждаго народа повидимому были свои основанія распредѣлять формы казни по степенямъ и въ этомъ игралъ несомнѣнно не малую роль субъективный характеръ народа, выражавшійся главнымъ образомъ въ складѣ ихъ вѣрованій. Такъ, евреи и китайцы, какъ мы видѣли, предпочитаютъ удушеніе другимъ казнямъ, но по разнымъ основаніямъ; первые потому, что они вообще питаютъ отвращеніе къ крови, а вторые потому, что дорожатъ погребеніемъ тѣла, какъ религіознымъ долгомъ. Въ

[1]) Сергѣевскій, Наказ., 129.
[2]) Post, s. 200.

Россіи наоборотъ повѣшеніе считалось въ народѣ оскорбленіемъ религіознаго чувства, которое не допускало такой казни, при которой душа должна была выходить не изо рта, а нечистыми путями [1]).

Необходимо также замѣтить, что простыя формы казни изъ числа нами приведенныхъ относятся преимущественно къ родовому быту и къ эпохѣ юрисдикціи жрецовъ, тогда какъ формы квалифицированныя, особенно изысканныя и сложныя, относятся преимущественно къ государственному періоду жизни народовъ, все равно, носитъ ли государство теократическій или свѣтскій характеръ. Въ самомъ дѣлѣ, перебирая въ нашей памяти всѣ существовавшія формы государствъ, начиная съ древнѣйшихъ монархій востока и кончая государствами Европы вплоть до конца XVIII вѣка, мы легко убѣдимся, что типъ чисто свѣтскаго государства человѣчество узнало очень недавно, не болѣе сотни лѣтъ назадъ, раньше всѣ государства представляли смѣшанную форму обоихъ элементовъ—теократическаго и свѣтскаго, лишь съ большимъ или меньшимъ преобладаніемъ того или другого изъ этихъ элементовъ, что и налагало тотъ или другой отпечатокъ на нихъ. Разница лишь въ томъ, что государства съ преобладающей теократической окраской, борясь съ матеріальнымъ проявленіемъ злой воли преступника, боролись и съ

[1]) Сергѣевскій, Наказаніе въ р. правѣ, стр. 100—101.

духомъ, воспламенявшимъ эту волю и такимъ образомъ подавляли духъ слабый, но воспитывали въ борьбѣ духъ болѣе могучій и стойкій; государства же съ преобладающей свѣтской окраской, борясь съ матеріальнымъ проявленьемъ зла, просто попирали и давили духъ, игнорируя его, а потому и въ практикѣ той или другой казни мало обращали вниманія на народныя вѣрованія или суевѣрія, сосредоточивая все свое вниманіе или на практическихъ удобствахъ казни, или на причиненіе болѣе изысканныхъ физическихъ страданій; отсюда колесованіе, заливаніе расплавленнаго металла въ горло, кипяченіе въ маслѣ, винѣ и т. п., а затѣмъ не труденъ переходъ и къ машинному способу уничтоженія человѣка посредствомъ электрическаго тока, способу прямо приравнивающему торжественно-мистическій актъ смерти человѣка къ эксперименту надъ собакой или кроликомъ въ лабораторіи физіолога и стирающему какъ въ воображеніи преступника, такъ и исполнителей казни всякое представленіе о томъ, что смерть есть нѣчто большее, чѣмъ прекращеніе физіологическаго акта біенія сердца, что это сердце чувствовало и боролось, падало и страдало, вдохновленное духомъ. Нѣтъ, до такого презрѣнія къ своему ближнему, а слѣдовательно и къ себѣ не доходилъ даже дикарь, терзая свою жертву ногтями и упиваясь кровью ея.

Наглядной иллюстраціей той глубокой разницы,

которая сказывается въ отношеніяхъ народа и государства къ задачамъ карательнаго правосудія можетъ служить короткій обрисъ различнаго рода преступленій, каравшихся смертной казнью въ ту или другую эпоху, у тѣхъ или другихъ народовъ; въ этомъ перечнѣ скажется все различіе утилитарнаго и нравственнаго принципа въ уголовномъ правѣ, вся разсчитанная холодность жестокостей перваго и все горячее негодованіе втораго, заблужденіе котораго можно простить, тогда какъ корысть перваго врядъ-ли возбудитъ въ комъ чувство прощенія. Утилитарный принципъ, какъ краеугольный камень государственной организаціи отмѣченъ большинствомъ криминалистовъ; онъ сказывается даже въ мотивахъ сближенія государства съ церковью; такъ, Постъ говоритъ: «при государственномъ строѣ, значительно поддерживающемся церковью, преступленія противъ послѣдней караются; но разъ государство не нуждается въ помощи церкви, преступленія противъ церкви становятся ненаказуемыми» [1]).

Посмотримъ же какого рода преступленія сосредоточиваютъ на себѣ вниманіе государства въ различные періоды его развитія. Раньше мы уже замѣтили, что на разсвѣтѣ общественной жизни человѣчества не было ни одного дѣянія, которое безусловно считалось бы преступнымъ, этой бе-

[1]) Post, s. 228.

зусловности не достигли и мы въ расцвѣтѣ государственнаго быта, хотя и пошли несравненно далѣе нашихъ прародителей въ тонкостяхъ классификаціи человѣческихъ дѣяній; тѣмъ не менѣе и досихъ поръ убійство врага на войнѣ мы считаемъ подвигомъ, а убійство въ дракѣ или на дуэли преступленьемъ, хотя довольно простительнымъ. Всматриваясь въ это явленіе, мы увидимъ, что основной критерій классификаціи дѣяній какъ у насъ, такъ и у нашихъ прековъ, начиная съ первыхъ зачатковъ родоваго быта, одинъ и тотъ же, а именно, всякое вторженіе въ благо ближняго по крови и по духу—преступно, всякое вторженіе въ тѣ же блага вражескаго племени, чужого по крови и духу—дѣяніе похвальное, подвигъ, тѣмъ болѣе, если это вторженіе вызвано необходимостью. Критерій одинъ и тотъ же, разница лишь въ объемѣ сферы приложенія его въ формахъ осуществленія и охраны правъ. И если нынѣ мы охраняемъ жизнь иноземца на нашей территоріи, то въ сущности лишь потому, что вообще запрещаемъ самоуправство своимъ гражданамъ. Нѣтъ ничего удивительнаго поэтому, если убійство никогда не считалось безусловно преступнымъ, но уже очень рано оно дѣлилось на преступное, дозволенное и похвальное. Преступнымъ было ничѣмъ не вызванное убійство родича; убійство, какъ актъ самозащиты, защиты, или какъ актъ карательный, было убійствомъ дозволеннымъ

а въ родовомъ бытѣ даже похвальнымъ и наконецъ, убійство чужака—безусловно похвальнымъ. Мало того убійство, какъ единственно первоначально доступное человѣку средство охраны своихъ правъ, долго считалось менѣе тяжкимъ преступленіемъ, чѣмъ напр., воровство; такъ, по закону 12 таблицъ полагалась висѣлица тому, кто пожнетъ ночью чужую пшеницу; поджигателей сжигали, тѣло должника дозволялось разрубать на части. Но вообще, прежде чѣмъ сформироваться въ строгія нормы, преступленія въ сферѣ имущественной имѣли столь же естественный ходъ развитія, какъ и преступленія противъ жизни. Первоначально воровство, какъ и убійство, вовсе не считалось преступленіемъ; такъ, въ одномъ изъ племенъ Iacka-khail въ Индіи воровство считается даже профессіей; новорожденнаго мальчика отецъ благословляетъ, просовывая его черезъ отверстіе въ стѣнкѣ дома спеціально для этого случая предназначенное со словами «будь воромъ», повторяя эту операцію трижды [1]). Въ Египтѣ профессія вора была признана государствомъ; тотъ, кто хотѣлъ заниматься воровствомъ, писалъ свое имя на дощечкѣ, которая выставлялась публично; затѣмъ воръ сносилъ въ извѣстное мѣсто всѣ ворованныя вещи, дабы собственники могли вернуть ихъ себѣ, уплативъ извѣстный вы-

---

[1]) *Lombroso*, L'homme crimin., p. 67.

купъ [1]). Извѣстно также, что воровство оффиціально было разрѣшено въ Спартѣ.

Убійство и воровство, по мнѣнію Поста, стали дѣяніями преступными и наказуемыми лишь въ періодъ индивидуализаціи какъ личности человѣка, такъ и собственности. Раньше, когда человѣческая личность терялась въ родовомъ союзѣ, когда собственность носила не индивидуальный, а родовой, коммунальный характеръ, тогда объ убійствѣ личности, о воровствѣ индивидуальной собственности не могло быть и рѣчи. Вообще, дѣянія противъ жизни и противъ имущества становятся *общественно-преступными* лишь въ тотъ періодъ человѣческаго развитія, когда понятіе объ индивидуальномъ правѣ вошло въ сознаніе человѣчества. «Исторія развитія современной индивидуальной личности изъ первобытнаго коммунальнаго родоваго союза есть исторія естественной личности, говоритъ Постъ... только въ высоко развитыхъ государственныхъ организаціяхъ личность достигаетъ своего полнаго выраженія. Общая воля данной этнической группы въ этотъ періодъ государственной организаціи отмежевываетъ каждому извѣстную сферу для проявленія его личности и одновременно съ этимъ указываетъ границы, переходъ за которыя считается нарушеніемъ права, какъ насильственное вторженіе въ сферу другихъ индивидумовъ или

[1]) Lombroso, L'homme crim. p. 65.

какъ нападеніе на всю организацію данной этнической группы. Только съ этого момента возникаютъ права и обязанности и лишь такимъ образомъ единичный человѣкъ становится субъектомъ права [1]).

Но Постъ упускаетъ изъ виду то, что раньше чѣмъ признать субъектомъ права каждую человѣческую личность, человѣчество прошло черезъ стадію патріархальнаго родового быта, гдѣ субъектомъ права считался лишь paterfamilias, въ лицѣ котораго совмѣщались всѣ права подвластныхъ ему членовъ семьи, защита которыхъ лежала на немъ, а слѣдоват., ему же должна была принадлежать и власть патріархально-судебная въ предѣлахъ семейнаго быта. Обособленіе личности началось однако гораздо раньше возникновенія государственнаго быта и не представляется исключительнымъ результатомъ государственной жизни; нѣтъ, источникъ этого обособленія лежалъ въ самой природѣ семьи, дающей постепенно все новые и новые самостоятельные отпрыски въ видѣ молодыхъ семей, за которыми обычай очень рано призналъ права если не на индивидуальную собственность, то на индивидуальное пользованіе ею, какъ это мы видимъ, напр., въ Римѣ въ установленіи peculium для сыновей и даже для рабовъ, обычай сказавшійся еще въ тотъ періодъ, когда Римъ еще не былъ государствомъ въ современномъ смыслѣ слова. Вся

[1]) Post, s. 74—75.

разница состоитъ въ томъ, что отеческая власть простирается теперь не до смерти отца, а до совершеннолѣтія дѣтей и что объемъ этой власти въ сферѣ карательной значительно съуженъ; поэтому нынѣ мы нерѣдко можемъ встрѣтить на скамьѣ подсудимыхъ предъ лицомъ государственнаго судьи не только молоденькаго мальчика или дѣвушку, но и ребенка пяти и менѣе лѣтъ [1]), какъ то допускаетъ въ силу естественной логики французскій законъ; въ эпоху же патріархальнаго родового быта ничего подобнаго быть не могло; за дѣтей, за женщинъ, за подвластныхъ членовъ семьи отвѣчалъ глава, онъ платилъ за нихъ выкупъ и кто можетъ съ увѣренностію сказать, была ли юрисдикція семейнаго начала болѣе жестокой, менѣе справедливой, менѣе согласной съ правомъ, чѣмъ юрисдикція государства; по-крайней-мѣрѣ мы видимъ, что родовой бытъ привелъ къ возникновенію многихъ гуманныхъ началъ въ правосудіи, съумѣлъ свести преступность къ минимуму, о какомъ трудно мечтать нынѣ, уничтожилъ смертную казнь и изгнаніе, замѣнивъ ихъ выкупомъ. Расшатавъ семью и родовой бытъ, государственность, правда, значительно содѣйствовала экономическому освобожденію личности изъ-подъ власти семьи и поставила ее лицомъ къ лицу съ государствомъ, но освободивъ отъ семьи, она лишила ее и той защиты, безъ

[1]) Сергѣевскій, Р. Уг. Пр., с. 247.

которой личность никогда не могла бы вырости; предоставленная одинокой борьбѣ съ коллективной силой государства, она никогда не могла бы подняться на высоту правоваго самосознанія, такъ-какъ право, какъ мы уже указывали, развивается ростетъ и крѣпнетъ въ болѣе или менѣе равной борьбѣ. И если бы личность человѣка не окрѣпла раньше въ лицѣ главы рода, если бы она не нашла себѣ опору въ высокомъ ученіи Христа, поднявшемъ значеніе человѣческаго духа на не бывалую раньше высоту, врядъ ли современныя государства Европы могли бы похвалиться высокимъ положеньемъ въ нихъ личности, какъ не могутъ похвалиться этимъ ни восточныя государства, ни Римъ эпохи императорской.

Итакъ, ни понятіе о неприкосновенности личности, ни понятіе о неприкосновености собственности не суть дѣтища государства, они выросли на почвѣ другого болѣе элементарнаго быта, на почвѣ болѣе раннихъ обычаевъ и вѣрованій и усвоены современнымъ государствомъ уже созрѣвшими въ основѣ своей, какъ готовый плодъ; тамъ же, гдѣ понятія эти не созрѣли въ народѣ, какъ напр. въ древнемъ Египтѣ, тамъ воровство было зарегистрировано, какъ дозволенное ремесло и оплачивалось государственнымъ налогомъ. Тоже можно сказать и относительно всѣхъ другихъ родовъ преступленій, такъ или иначе связанныхъ съ нравст-

венными воззрѣніями народа, какъ-то: преступленія противъ вѣры, противъ семейныхъ началъ и т. п. Напротивъ, ослабивъ власть семьи, рода и церкви, государство дало нѣкоторымъ образомъ просторъ преступленіямъ, бороться съ которыми у него не было другого оружія, кромѣ матеріальной репрессіи. Но государству несомнѣнно принадлежитъ творчество въ созданіи многихъ новыхъ видовъ преступленій, но преступленія эти, каковы наприм., контрабанда, нарушеніе правилъ акциза, куреніе табаку и т. п., а также цѣлый рядъ преступленій государственныхъ, если и могутъ найти себѣ прототипъ въ нарушеніи нѣкоторыхъ особыхъ правъ, зародышъ которыхъ сказывается еще въ періодъ родоваго быта, всеже характеръ ихъ въ такой степени измѣнился, что они почти съ полнымъ правомъ могутъ быть признаны созданіемъ чисто государственнымъ. Какія же изъ этихъ сложныхъ вѣками наслоившихся категорій человѣческихъ дѣяній карались смертью въ періодъ развитія европейскихъ государствъ? вопросъ этотъ тѣмъ болѣе интересенъ, что по словомъ Поста «смертная казнь съ общественно-правовымъ характеромъ выступаетъ лишь въ періодъ образованія государства; въ догосударственномъ же періодѣ смерть являлась результатомъ человѣческаго жертвоприношенія, актомъ произвола вождя, актомъ мести или слѣдст-

віемъ лишенія общественнаго покровительства» [1]).

По каролинѣ, уголовному кадексу Карла V, карались смертію слѣдующія преступленія: богохульство, лжеприсяга, нарушеніе клятвы, волшебство, пасквиль, поддѣлка монетъ, поддѣлка мѣръ и вѣсовъ, знаковъ, скотолжство, содомія, похищеніе замужней женщины или дѣвицы, хотя бы съ ихъ согласія, изнасилованіе, прелюбодѣяніе, двоебрачіе, проституированіе жены или дѣтей, измѣна, поджогъ, воровство на большой дорогѣ, возмущеніе и бунтъ, бродяжество, нѣкоторыя угрозы, отравленіе, недонесеніе о чужихъ попыткахъ отравленія, дѣтоубійство, оставленіе дитяти, повлекшее смерть его, изгнаніе плода, кастрація, намѣренное причиненіе смерти медикомъ, убійство родственника, убійство въ дракѣ, воровство со взломомъ, воровство выше 5 дукатовъ, простое воровство ниже 5 дукатовъ въ третій разъ, воровство плодовъ въ полѣ, воровство рыбы, мошенничество, святотатство, пособничество въ совершеніи преступленія, содѣйствіе побѣгу изъ тюрмы [2]). Преступленіе религіознаго характера строго караются смертью по Каралинѣ, какъ мы это видимъ; слѣдовательно, государство тогда нуждалось еще въ церкви. Подобно Каролинѣ и по Саксонскому зерцалу религіозныя преступленія также караются, а волшебство наказывается

[1]) Post. s. 204.

[2]) Кистяковскій, См. казнь, с. 190.

сожженіемъ. Китайскій законъ съ своей стороны грозитъ смертной казнью пишущему книги о волшебствѣ и магіи и собирающему заклинанія, по закону же Ману злое искусство наказывалось лишь денежнымъ штрафомъ. Богохульство наказывается у всѣхъ народовъ сообразно ихъ религіознымъ воззрѣніямъ: тамъ, гдѣ божество предполагается мстящимъ за свои оскорбленія, наказанія болѣе жестоки. Оскверненіе мертваго тѣла и могилы у всѣхъ народовъ считается преступленьемъ [1]). По Библіи смертная казнь грозила всякому, кто работалъ въ субботу, кто убивалъ жертвенное животное, кто ѣлъ кровь или жиръ животныхъ, кто прикасался къ женщинѣ въ періодъ менструаціи и кто ѣлъ кислый хлѣбъ въ пасху, а также человѣкоубійцѣ и лжепророку.

Измѣна одна изъ самыхъ древнѣйшихъ формъ преступленія; начало ея восходитъ къ началу кровнаго союза, когда она наказывалась изгнаньемъ и смертью; то же мы видимъ и позднѣе, въ періодъ территоріальныхъ союзовъ, когда всякій, кто не убивалъ измѣнниковъ, самъ считался измѣнникомъ. При развитіи королевской власти развилась и особая измѣна противъ короля, за которую часто также полагалась смертная казнь. Что касается Россіи, то по уложенію Алексѣя Михайловича «около 60 статей имѣютъ въ своей санкціи смертную казнь..

---

[1]) Post, s. 256.

не было почти ни одного преступнаго дѣянія, сколько нибудь затрагивавшаго интересы государства, фискальныя, военныя, или интересы общей безопасности, которое не было бы обложено въ теченіи XVII вѣка смертной казнью» [1]). Во Франціи же передъ революціей считалось 115 случаевъ, обложенныхъ смертной казнью, а въ Англіи 160 видовъ преступныхъ дѣяній (въ одно время доходившихъ и до 220) каралось смертію около 1765 года [2]).

Какое богатое поле карательной дѣятельности, какъ блѣднѣютъ передъ нею скромныя требованія родоваго быта! Сколько крови стоило человѣчеству созданіе государства, вынесенное имъ на своихъ плечахъ исключительно ради цѣлей защиты отъ внѣшнихъ враговъ и какъ не сказать послѣ этого вмѣстѣ съ Тардомъ и Люкасомъ [3]), что отмѣна смертной казни неразрывно связана съ рѣшеніемъ вопроса о войнѣ.

Итакъ, если преступленія и наказанія получаютъ общественно-правовой характеръ не сразу, а медленно видоизмѣняясь переходятъ отъ личнаго воззмездія за личныя дѣянія къ возмездію родовому, и затѣмъ государственному, представляя въ переходные фазисы смѣшеніе всѣхъ этихъ формъ,

---

[1]) *Сергѣевскій*, наказ., с. 83.

[2]) Palm, The death penalty, p. 18—19.

[3]) См. выдержку изъ письма Ch. Lucas'a къ Mignet, приведенную у V. de *Sellon'a*, въ его книгѣ—La peine de Mort, p. 37.

то и самое осуществленіе возмездія проходитъ въ свою очередь своеобразный путь видоизмѣненія; прослѣдимъ въ бѣглыхъ штрихахъ этотъ путь съ того момента, какъ месть и наказаніе перестали осуществляться потерпѣвшимъ или его ближайшимъ родственникомъ и наказаніе становится функціей духовной или свѣтской государственной власти.

Во времена господства жрецовъ казнь исполняется жрецами—друидами, понтифексами, grand sacrificator'ами. Затѣмъ, въ періодъ перехода судебной юрисдикціи изъ рукъ жрецовъ въ руки спеціальныхъ судей, послѣдніе принимаютъ на себя роль палачей. Въ азіатскихъ государствахъ, гдѣ верховная духовная и свѣтская власть соединялась въ одномъ лицѣ, по словамъ професора Кистяковскаго [1]), цари брали на себя роль палачей; такъ персидскій царь Дарій собственноручно казнилъ мидійскаго царя Фраорта. Иванъ Грозный многихъ казнилъ собственноручно; Петръ Великій собственноручно отрубилъ въ Преображенскомъ головы пятерымъ стрѣльцамъ. У евреевъ смертные приговоры приводили въ исполненіе царскіе отроки, высшіе военные сановники, обвинитель и свидѣтели (связь съ былымъ правомъ потерпѣвшаго). Въ Египтѣ до сихъ поръ судья самъ исполняетъ свой приговоръ, въ Римѣ во времена республики смертные приговоры исполняли магистраты въ ли-

---

[1]) *Кистяковскій*, Смертная казнь, стр. 269—270.

цѣ консуловъ и трибуновъ; впослѣдствіи казнь исполняли уже мелкіе чиновники-ликторы (съ сѣкирой и розгами) и тріумвиры. Совсѣмъ уже позднѣе функція палача дѣлается ремесломъ въ Европѣ, за которое въ Германіи и во Франціи вначалѣ награждали дворянскимътитуломъ и привиллегіями этихъ „maitres des hautes oeuvres“. Въ Россіи при Іоаннѣ Грозномъ обязанность палачей принимали на себя князь Черкасскій, Малюта Скуратовъ, князь Темгрюковичъ и другіе; при Петрѣ Великомъ ту же роль исполняли князь Ромадановскій, князь Голицынъ, Меньщиковъ, хваставшій, что обезглавилъ 20 человѣкъ. Но послѣ этихъ извѣстныхъ царскихъ сподвижниковъ охотниками быть палачами среди русской знати оказывалось все меньше и меньше, а потому правительство приказало ловить изъ числа зрителей «подлыхъ разнаго состоянія людей», но люди эти сопротивляются, не желая идти въ палачи и тогда издается законъ 28 апрѣля 1768 года, воспрещающій насильно брать людей въ палачи и въ концѣ XVIII вѣка Россія учреждаетъ у себя, наконецъ, должность наемнаго палача. Должность эта оплачивалась очень щедро; въ Россіи палачъ получалъ иногда за каждаго осужденнаго до 10.000 р. и несмотря на это съ трудомъ находили охотниковъ [1]).

Изъ этого абриса видоизмѣненія формъ осуще-

[1]) Кистяковскій, см. к., 269—273.

ствленія смертной казни мы видимъ, что являясь сначала въ видѣ личной кровной мести, въ видѣ мести родовой, по приговору общественному или по постановленію жреца, смертная казнь всегда являлась логическимъ выраженьемъ народнаго чувства, народнаго вѣрованія, народной морали, а слѣдоват., и народной справедливости, когда даже право наказанія изъ рукъ личнаго мстителя, изъ рукъ рода или племени перешло сначала къ жрецу, а затѣмъ теократическому главѣ государства,—народъ не видѣлъ въ этомъ противорѣчія своимъ правовымъ понятіямъ, своимъ чувствамъ, ибо въ первомъ случаѣ казнь осуществлялась какъ бы руками самого божества, а во второмъ руками того, кто былъ естественнымъ (кровнымъ или духовнымъ) представителемъ народа, носителемъ его верховнаго правового чувства и совѣсть народа мало возмущалась даже звѣрствомъ; но когда взамѣнъ естественныхъ представителей народа и божества верховный актъ правосудія сталъ осуществлять палачъ или первый встрѣчный за плату, человѣкъ не имѣющій на то никакого ни личнаго, ни даже представительственнаго права, совѣсть народа, въ силу прирожденной ей логической справедливости, возмущается и признавая смертную казнь въ принципѣ, отрицаетъ ее фактически. Почему? Потому что современный палачъ не есть то лицо, которое могло-бы правомѣрно наслѣдовать право осуществлять право-

судіе въ дѣйствіи, потому что палачъ не жрецъ, не теократическій царь, не судья, не представитель народа, несущій на себѣ нравственную отвѣтственность за совершаемый имъ кровавый актъ, а лишь простой нравственно безотвѣтственный наемный убійца, который всегда вызываетъ и всегда будетъ вызывать въ народѣ одно лишь чувство отвращенія и самъ актъ правосудія, осуществляемый палачомъ, не будетъ чувствоваться народомъ какъ правосудіе. Между тѣмъ, по весьма вѣрному опредѣленію Поста, «*центръ тяжести права лежитъ* не въ провозглашеніи его, а *въ дѣйствіи*, въ осуществленіи наказанія.... законодательство и судопрозизводство суть только подготовленія къ этой конечной правовой цѣли и безъ нея они были бы лишены всякаго смысла» [1]).

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ одному весьма важному выводу, что за современнымъ палачомъ нельзя признать ни нравственнаго, ни юридическаго права на осуществленіе акта карательнаго правосудія въ дѣйствіи, потому что источникъ и основаніе всякаго права, а тѣмъ болѣе права карательнаго, лежитъ въ нравственно-правовомъ чувствѣ человѣка, общества или народа, въ его гнѣвѣ или нравственной боли, вызываемой правонарушеніемъ; поэтому осуществлять правосудіе въ дѣйствіи можетъ правомѣрно лишь самъ

---

1) *Post*, s. 44.

потерпѣвшій, народъ, жрецъ или царь, носители этого гнѣва, этой нравственной боли, но ни въ коемъ случаѣ не случайный наемный человѣкъ—палачъ, совершающій казнь, какъ ремесло. Вотъ почему отъ должности палача бѣжали даже «разнаго состоянія подлые люди»,—они не чувствовали за собою права быть выразителями карательнаго правосудія въ дѣйствіи, какъ и въ настоящее время случайно набранные присяжные не рѣдко даютъ систематически оправдательные приговоры или бѣгутъ изъ суда, не чувствуя за собою права принимать участіе въ актѣ судебнаго правосудія, гдѣ непосредственно не затронуто ихъ право, ихъ нравственное чувство; и дѣйствительно, современный европейскій законъ далеко не всегда сообразуется съ основными правовыми нормами, сложившимися на почвѣ нравственно-правового чувства народа и въ формулахъ своихъ часто или забываетъ объ этихъ нормахъ или идетъ съ ними въ разрѣзъ. Между тѣмъ правовыя нормы должны быть всегда первой основой всякаго права, всякаго закона, какъ это показалъ *Биндингъ* въ своемъ талантливомъ изслѣдованіи о правовыхъ нормахъ [1]).

---

[1]) *Binding*, Die Normen und ihre Uebertretung erstcr Band, s. 30—56, 1872 Leipzig.

III.

Развитіе идеи карательнаго права въ доктринѣ

Очерченная выше схематическая картина развитія правового чувства достаточно, по нашему мнѣнію, объясняетъ, почему человѣчество, проводя цѣлыя тысячелѣтія въ борьбѣ, плодя преступленія и наказывая ихъ, долго не задавало себѣ вопроса о правѣ наказанія: явленіе, естественно сложившееся жизнью, считалось неоспоримымъ, а потому и законнымъ; право наказанія безсознательно вытекло изъ природы человѣка, согласуясь съ его чувствомъ и оправдываемое его вѣрованіями, а потому люди даже не считали себя вправѣ отказаться отъ наказанія. Мало того, если человѣкомъ порою и овладѣвалъ страхъ или робость передъ актомъ осуществленія наказанія, то слабой волѣ своей онъ искалъ поддержку въ карающей рукѣ божества. Но когда подъ вліяніемъ ученія Христа Богъ предсталъ предъ взорами человѣчества не въ томъ видѣ, въ какомъ онъ представлялся раньше, когда на смѣну карающимъ божествамъ другихъ религій Богъ христіанскій явился во всемогуществѣ любви и всепрощенія, провозгласивъ завѣтъ «не судите да не судимы будете», тогда и только тогда возникло въ людяхъ сомнѣніе въ своемъ правѣ наказывать. Это сомнѣніе какъ червь точило правовое сознаніе христіан-

скаго міра въ теченіи многихъ вѣковъ и побѣда государства надъ церковью, въ принцпѣ никогда не признававшей права наказывать ни за кѣмъ кромѣ Бога, отняла у него всякое право быть выразителемъ правосудія божескаго и окончательно заставила проснуться совѣсть человѣка и спросить самого себя: отвергнувъ наказаніе именемъ Всевышняго, могу ли я собственнымъ именемъ судить и наказывать равнаго себѣ? Вотъ вопросъ, который открыто поставленъ былъ знаменитымъ итальянскимъ писателемъ Беккаріа во 2-ой половинѣ прошлаго столѣтія.

Вопроса этого, какъ мы знаемъ, онъ не рѣшилъ, но сдѣлалъ первую попытку примирить двѣ основныя доктрины, существовавшія въ то время въ наукѣ, выдвинувъ важнѣйшій вопросъ криминалогіи, вопросъ о принципѣ уголовнаго права, принципѣ закона.

До Беккаріа существовали двѣ слѣдующія теоріи, въ изложеніи которыхъ мы придерживаемся талантливаго историческаго абриса ихъ, даннаго извѣстнымъ французскимъ криминалистомъ Эли въ обстоятельномъ предисловіи къ переводу знаменитаго труда Беккаріа [1]). Первая изъ этихъ теорій связывала человѣческій законъ съ закономъ божескимъ; основой его считала мораль, а цѣлью возстановленіе нарушеннаго путемъ искупленія; другая—ос-

[1]) Beccaria, Des Delits etc. Jntroduction par F. Helie.

новой закона считала интересы общества (государства), а единственной цѣлью сохраненіе этого общества, поддержку общественнаго порядка. Первую изъ этихъ доктринъ возводятъ къ школѣ Сократа, быть можетъ, не совсѣмъ точно, такъ-какъ теорія эта, развитая въ Горгіѣ Платона, не относится къ установленію наказанія; не судьямъ и не закону рекомендуетъ онъ ее, а говоритъ лишь о нравственномъ чувствѣ, возникновеніе котораго хотѣлось бы ему видѣть въ душѣ виновнаго. Съ политической точки зрѣнія вопросъ о наказаніи Платонъ разсматриваетъ въ Протагорѣ и говоритъ, что когда въ назначеніи наказанія руководствуются разумомъ, то наказываютъ не за вину уже совершонную, ибо это не могли бы помѣшать сдѣлать то, что уже сдѣлано, но въ виду будущей вины, чтобы виновный не повторилъ преступленія и чтобы наказаніе удерживало и тѣхъ, кто былъ свидѣтелемъ его дѣянія. Вотъ принципъ, который ставитъ Платонъ законодательству, принципъ государственной пользы, на который опирается вторая изъ названныхъ нами доктринъ. Теорія Протагора не была общепризнанной въ Греціи; нѣкоторые отрывки Демосфена и Плутарха показываютъ, что задачей наказанія имъ хотѣлось бы сдѣлать искупленіе, смѣшавъ такимъ образомъ въ принципѣ и практикѣ правосудіе божеское и человѣческое. Принципъ римскаго законодательства,

подобно греческому, состоялъ въ томъ, что наказаніе создано въ интересахъ общества и единственная цѣль его—благо республики; таково воззрѣніе Цицерона и Сенеки, который прибавилъ, что въ интересахъ государства наказаніе должно исправлять преступника, если же онъ не исправимъ, пусть казнятъ его. Квинтиліанъ смотрѣлъ на наказаніе прежде всего, какъ на примѣръ.

У Павла и въ нѣкоторыхъ императорскихъ конституціяхъ проглядываетъ, однако, зародышъ другого воззрѣнія: Павелъ, чтобъ установить ненаказуемость наслѣдниковъ, выставляетъ положеніе, что предметъ наказанія состоитъ въ оштрафованіи виновнаго и что со смертью его обязательство прекращается, т. е. онъ смотритъ на наказаніе, какъ на уплату своего рода личнаго долга, а въ одной изъ конституцій императоровъ Аркадія и Гонорія прямо признается, что гдѣ нѣтъ вины, тамъ не должно быть и наказанія, что наказаніе должно быть равно винѣ и сообразоваться съ природой преступленія. Въ этихъ послѣднихъ опредѣленіяхъ сказывается уже первый проблескъ новой доктрины, которая начала тогда распространяться въ мірѣ и проповѣдывала искупленіе вины и воздаяніе грѣха посредствомъ страданія. Св. Августинъ выражалъ лишь эту идею, когда училъ, что наказаніе только тогда справедливо, когда оно поражаетъ вину, когда онъ смѣшивалъ наказаніе и покаяніе, когда

опредѣлялъ наказаніе, какъ страданіе, которое наказываетъ и искупаетъ вину. Въ томъ же смыслѣ Тертуліанъ и другіе отцы церкви разсматриваютъ преступленія какъ родъ долга, который слѣдуетъ искупить. Тотъ же нравственный принципъ правосудія проглядываетъ и въ нѣкоторыхъ обычаяхъ варварскихъ народовъ, какъ-то въ искупительныхъ жертвахъ, а также въ законѣ тальона и композицій. Но эти обычаи не долго сохраняли этотъ первоначальный отпечатокъ; родовая месть превратилась въ право преслѣдованія преступленій, которое все больше и больше оформливалось по мѣрѣ завоеванія почвы государствомъ. Это была только новая, притомъ искаженная предразсудками, форма принципа общественной пользы, развившагося одновременно съ развитіемъ государства, и которому пришлось раздѣлить всѣ его заблужденія; такъ что европейскіе юристы и не подозрѣвали уже существованія другого принципа въ то время. Но въ срединѣ XVI в. монахъ Альфонсъ де Кастро изъ Саломинки освѣжаетъ опять идеи отцовъ церкви и ставитъ на одну линію какъ два однородные акта: покаяніе налагаемое на грѣшника и наказаніе налагаемое на преступника; обѣ эти мѣры наказываютъ одну вину, онѣ причиняютъ страданіе пропорціонально тяжести вины, ищутъ въ немъ удовлетворенія и личный характеръ наказанія состоитъ по

его мнѣнію въ томъ, что оно налагается по причинѣ содѣянной вины.

Гроцій въ началѣ XVII в. находится подъ вліяніемъ той же идеи, хотя въ болѣе слабой степени. Онъ признаетъ, что наказаніе должно имѣть три цѣли: исправленіе виновнаго, возмѣщеніе вреда и примѣръ. Но на основаніи какого права примѣняется оно? Отбросивъ право мести, Гроцій возвращается къ идеѣ Альфонса де Кастро, только выражаетъ ее яснѣе—«чтобы законно наказывать, нужно имѣть право наказывать; право это исходитъ изъ вреда, совершаемаго преступникомъ; это тоже, что выражали императоры Северъ и Антонинъ, говоря ipse te huic poenae subdisti. Итакъ, вина есть источникъ и мѣрило наказанія; наказаніе есть воздаяніе вреда за вредъ. Вотъ исходная точка теорій, которыя позднѣе искали свое единственное основаніе въ нравственномъ законѣ. Сельденъ, писавшій непосредственно послѣ Гроція, выводитъ изъ того же принципа гораздо болѣе абсолютныя положенія: наказаніе прилагается только quia pecatum est и единственный поводъ его установленія это возмѣщеніе, искупленіе и очищеніе содѣяннаго зла, не во имя будущаго зла, какъ учитъ Платонъ, но за зло совершонное. Законодательству принадлежитъ лишь власть измѣрять степень наказанія сообразно опасности и интересамъ государства, но все право его—въ фактѣ нравственнаго правонарушенія; оно

должно искать только удовлетворенія за это правонарушеніе, потомучто наказаніе есть только искупительная мѣра. У Лейбница находимъ формулировку той же доктрины. Опредѣляя правосудіе божеское, онъ замѣчаетъ, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ Богъ предоставляетъ осуществлять его тѣмъ, кто имѣетъ право управлять другими. Мудрый законодатель, говоритъ онъ, провозгласивъ угрозу и обѣщавъ кару, не можетъ уже оставить совершонное дѣйствіе безнаказаннымъ, хотя бы наказаніе не послужило ни къ чьему исправленію; гармонія вещей требуетъ удовлетворенія.

Эта религіозная идея не имѣла тогда другихъ послѣдователей. Всѣ публицисты XVII и XVIII вв., побочно трактовавшіе объ основѣ права наказанія, свернули съ тропы проложенной Гроціемъ, Сельденомъ, Альфонсомъ де Кастро и Лейбницемъ. Такъ, Гоббсъ выводитъ право наказанія изъ общественнаго договора и такъ какъ общественная безопасность есть цѣль общественнаго сожитія, то вслѣдствіе этого наказаніе является необходимымъ для обезпеченія общественной безопасности, потомучто людей можно сдержать только страхомъ какого нибудь наказанія, но наказаніе это должно имѣть въ виду не прошедшее зло, а будущее добро; наказанія, которыя не измѣряются общественной пользой, несправедливы; цѣль наказанія исправить виновнаго и усовершенствовать тѣхъ, кому оно служитъ примѣромъ.

Локкъ не далеко уходитъ отъ той же теоріи. Онъ начинаетъ съ того, что признаетъ за каждымъ въ естественномъ состояніи власть совершать наказаніе пропорціонально винѣ; наказаніе это стремится лишь къ возмѣщенію причиненнаго вреда и къ предупрежденію его повторенія. Въ самомъ дѣлѣ, говоритъ онъ, это два единственныя основанія, которыя дѣлаютъ закономѣрнымъ зло причиняемое другому, которое мы называемъ наказаніемъ. Тѣже основанія и за государственнымъ наказаніемъ и всякое наказаніе, установленное по другому мотиву, а не въ силу необходимости сохраненія общественнаго тѣла, будетъ незаконнымъ.

Пуффендорфъ, исходя изъ того же принципа, возражаетъ Сельдену и въ разрѣзъ съ Гроціемъ говоритъ, что наложеніе наказанія не есть ни необходимое слѣдствіе преступленія, ни результатъ нѣкотораго рода обязательства, вытекающаго изъ дѣянія, что уголовные законы совсѣмъ не договоры, что правосудіе есть функція правительства, что право наказывать есть часть права повелѣвать, но что это право должно осуществляться лишь ради какой нибудь пользы. Онъ признаетъ, что при наложеніи наказанія нужно принимать во вниманіе прошлое содѣянное зло, но, прибавляетъ онъ, одна общественная необходимость можетъ оправдать наказаніе.

Монтескье ограничивается тѣмъ, что установляетъ

принципъ смягченія наказанія и указываетъ съ другой стороны тѣсную связь, которою связаны законы уголовные съ политическими учрежденіями, но онъ не касается права наказанія; онъ очевидно предполагаетъ, что это право есть слѣдствіе власти, принадлежащей государству, потому что ищетъ природу наказаній въ природѣ государства. Тѣмъ не менѣе онъ подмѣчаетъ черту, отдѣляющую правосудіе божеское отъ человѣческаго.

Наконецъ Руссо, подобно Локку и Гоббсу, видитъ основу права наказанія въ общественномъ договорѣ. Руссо говоритъ: одно изъ двухъ—или виновный долженъ быть наказанъ, или общество погибнетъ; преступника, говоритъ онъ, заставляютъ умирать не столько какъ гражданина, сколько какъ врага.

Таковы двѣ доктрины, которыя раздѣляли умы въ эпоху Беккаріа. Одна изъ нихъ хотѣла сдѣлать человѣческое правосудіе выраженіемъ правосудія божескаго, или естественнаго, право наказанія выводило изъ факта преступленія и на наказаніе смотрѣла какъ на искупленіе вины, считая исправленіе и примѣръ второстепенными, хотя и желательными придатками его; другая—смотрѣла на человѣческое правосудіе, какъ на эманацію закона общественнаго, какъ на естественное слѣдствіе факта гражданскаго общества и право наказанія выводила или изъ права защиты или изъ права мести, принадлежавшаго каждому и пере-

шедшаго затѣмъ къ государству, вмѣшательство свое ограничивала защитой порядка, поддержаніемъ общественной безопасности, а цѣлью наказанія ставила не искупленіе, но исправленіе преступника и общее устрашеніе, не удовлетвореніе за совершонное зло, но предупрежденіе будущаго зла. Изъ этихъ двухъ теорій Беккаріа не принялъ ни одну; онъ критикуетъ ихъ обѣ, но его возвышенный умъ не могъ не замѣтить ту долю правды, которую онѣ заключаютъ подъ своими слишкомъ абсолютными формулами и произведеніе Беккаріа есть лишь первая попытка примирить ихъ, попытка продолжающая оставаться безплодной.

Идею Монтескье относительно различія источниковъ правосудія божескаго и человѣческаго Беккаріа приложилъ къ уголовному закону и, слѣдуя философамъ XVIII в., цѣлью правосудія человѣческаго ставилъ защиту порядка и интересы общества; но онъ подчиняетъ дѣйствіе этого правосудія новымъ правиламъ и въ этомъ оригинальность его системы. Онъ отвергаетъ и право мести и право войны или силы; какъ то, такъ и другое ведетъ къ усиленію тягости наказанія. Общество какъ-бы оно ни произошло, не имѣетъ права мстить и сражаться во имя самозащиты, но только наказывать, чтобъ обезпечить безопасность лицъ и общественный покой; отсюда принципъ общей пользы, общаго интереса и права большин-

ства. Но общественная польза не даетъ предѣловъ, гдѣ должно остановиться уголовное правосудіе и идеи Беккаріа могутъ показаться лишь новыми словами; но въ то время важно было указать хотя бы миссію, къ которой должно стремиться правосудіе. Беккаріа самъ понималъ всю растяжимость принципа общественной пользы, а потому и настаиваетъ, что какъ для народовъ, такъ и для отдѣльнаго человѣка нѣтъ истинной пользы, если она расходится съ моралью; и только тѣ преступники наказуемы, которые одновременно оскорбляютъ и человѣческій, и нравственный законъ; однимъ словомъ на мѣсто идеи силы нужно внести въ криминалогію идею справедливости. Итакъ, отбросивъ правила обсолютной справедливости, какъ основу предначертаній уголовнаго правосудія, онъ призываетъ ихъ вновь, какъ мѣрило преступности человѣческихъ дѣяній и это одна изъ замѣчательнѣйшихъ сторонъ его труда.

Однимъ словомъ, онъ хотѣлъ этимъ сказать обществу или государству—ты не можешь быть выразителемъ божественной справедливости, такъ не иди по крайней-мѣрѣ съ нею въ разрѣзъ.

Изъ крупнѣйшихъ послѣдователей Беккаріа можно назвать Филанджіери, Бентама и Фейербаха, но они съузили его мысль. Такъ, Бентамъ признавалъ за общественной властью безграничное право опредѣлять общественную пользу; всѣ дѣянія

этой власти онъ оправдываетъ, не вдаваясь въ нравственную оцѣнку. Фейербахъ ищетъ предупредительное значеніе наказанія въ психологическомъ явленіи устрашенія. Но всѣ различія въ приложеніи не нарушаютъ основной общности этихъ ученій въ теоріи. Достойно изумленія только то, что всѣ эти писатели замѣтили у Беккаріа лишь двѣ вещи—общественный принципъ, дающій опору карательному закону и принципъ пользы, дающій ему направленіе. Филанджіери принимаетъ эти два принципа и не идетъ дальше; Бентамъ останавливается на принципѣ пользы и придаетъ ему смыслъ, какого онъ не имѣлъ у Беккаріа и преувеличиваетъ его послѣдствія. Фейербахъ, искавшій главнымъ образомъ предупрежденія, косвеннымъ образомъ приходитъ къ тому, что изъ устрашенія дѣлаетъ принципъ. Столь же недостаточно оцѣнила Беккаріа и школа, опирающаяся на принципъ абсолютной (божеской) справедливости. Послѣ Гроція, Сельдена и Лейбница эта школа къ концу XVIII вѣка получила небывалую силу въ трудахъ Канта. Она слишкомъ во многомъ расходилась съ Беккаріа, чтобы придти къ соглашенію. Вмѣсто интересовъ охраненія общественнаго порядка, за исходную точку она беретъ нравственный законъ и отвѣтственность человѣка; вмѣсто общей пользы принципамъ уголовнаго правосудія она ставитъ самое правосудіе; вмѣсто задачи предупреж-

денія, ставитъ удовлетвореніе самаго правосудія—искупленіе или выкупъ черезъ наказаніе. Но какъ ни была абсолютна эта теорія, ей пришлось искать границъ примѣненія и Кантъ рекомендуетъ тальонъ, непослѣдовательно взявъ за мѣрило внѣшніе признаки.

Но если Беккаріа пришелъ къ заключенію, что человѣческое правосудіе далеко не можетъ быть воплощеніемъ правосудія абсолютнаго или божескаго, а потому и разошелся въ точкѣ зрѣнія съ такъ называемой абсолютной доктриной, то онъ все же за общественной пользой не забывалъ человѣка, его нравственнаго я и ставилъ, какъ мы уже сказали, границей уголовнаго закона—законъ нравственный; т. е. онъ хотѣлъ, чтобы требованія человѣческаго закона не шли въ разрѣзъ съ нравственнымъ чувствомъ человѣка, какъ это нерѣдко случалось въ особенности въ его время. Вотъ почему онъ первый поднялъ вопросъ объ уничтоженіи унизительныхъ наказаній, а также и смертной казни и тѣмъ какъ бы отказалъ обществу и государству въ правѣ дѣлать душу человѣка объектомъ карательнаго воздѣйствія. Изъ наказаній онъ признавалъ только изгнаніе и тюремное заключеніе—вѣчное или временное, но онъ не имѣлъ въ виду исправленія; вообще, по его мнѣнію, наказаніе по природѣ своей должно ближе всего походить на преступленіе; однимъ словомъ оно дол-

жно быть нѣчто вродѣ тальона; того же мнѣнія держались Кантъ и Бентамъ. Настаивая на томъ, что наказаніе приноситъ гораздо больше пользы своей неизбѣжностью, чѣмъ тяжестью причиняемаго имъ зла, Беккаріа стоитъ за выдачу преступниковъ; мысль эта тогда была новостью и ради этого онъ возстаетъ противъ права убѣжища, существовавшаго еще кое-гдѣ въ XVIII вѣкѣ, а также противъ права помилованія, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ требуетъ, чтобы наказанія были равны для всѣхъ и чтобы они были умѣренны. Что касается мѣры наказанія, то истиннымъ мѣриломъ онъ считалъ размѣръ вреда причиняемаго обществу преступленіемъ, но при этомъ онъ имѣлъ въ виду констатированный вредъ. Резюмируя свои положенія, Беккаріа говоритъ: для того, чтобы наказаніе не было актомъ насилія противъ гражданина, оно должно быть непремѣнно *публичнымъ*, *скорымъ*, *необходимымъ*, *наименьшимъ* изъ могущихъ быть приложенными къ данному случаю, *пропорціональнымъ* преступленію и установленнымъ по закону [1]).

Идеи Беккаріи легли въ основу современнаго законодательства и современные криминалисты въ сущности не сдѣлали въ теоріи ни шагу впередъ; они разработали лишь болѣе детально намѣченныя имъ положенія. Тѣмъ не менѣе вопросъ о правѣ

---

[1]) Beccaria, Des Délits etc, p. 217, Conlusion.

наказанія помимо своей непосредственной важности, имѣлъ и то громадное значеніе, что онъ вызвалъ болѣе внимательное, болѣе научное изслѣдованіе существа самаго преступленія; такъ, детальная разработка вопроса о преступленіи съ объективной и субъективной стороны заставила убѣдиться, что кромѣ внутренняго фактора — воли, преступленіе обусловливается также и внѣшними общественными и даже космическими условіями, за наличность которыхъ отвѣтствуетъ не преступникъ, а природа и общество, такъ какъ пересоздать ихъ не во власти отдѣльнаго человѣка, а бороться съ ними у него не всегда хватаетъ силъ. Это дало поводъ рядомъ съ такъ называемыми абсолютными и относительными, или что то-же моральными и утилитарными теоріями, ведущими свое начало, какъ мы видѣли, изъ глубины вѣковъ, создаться цѣлому ряду новыхъ смѣшанныхъ теорій пока столь же неудачныхъ, какъ и новѣйшая антропологическая, хотя и плодотворная по методу изслѣдованія, но утилитарная до nec plus ultra, отрицающая въ человѣкѣ всякое свободное духовное начало и разсматривающая его какъ физіологомеханическій аппаратъ, наказывать который за его невмѣняемыя дѣйствія конечно безумно, но уничтожать ради очищенія расы — дозволительно и цѣлесообразно. Причина же неудовлетворительности смѣшанныхъ теорій лежитъ по нашему мнѣ-

нію въ томъ, что онѣ никакъ не могутъ научно примирить свободную волю, какъ фактъ нашего самосознанія, съ видимой зависимостью проявлений этой воли отъ внѣшнихъ условій и въ томъ числѣ отъ физическихъ и физіологическихъ свойствъ самаго человѣка; смѣшивая свободу воли съ произволомъ, подобно теоріямъ, отрицающимъ ее, всѣ эти теоріи упускаютъ изъ виду, что нѣтъ ни одного самаго жалкаго человѣческаго существа, которое не пыталось бы бороться съ внѣшними условіями, прежде чѣмъ уступить ихъ силѣ; и чѣмъ меньше была знакома человѣку эта борьба съ дѣтства, тѣмъ слабѣе его воля въ ея проявленіяхъ; а чѣмъ уже кругозоръ его познанія внѣшняго міра въ его явленіяхъ матеріальныхъ и нравственныхъ, тѣмъ меньше сопротивленія онъ можетъ оказать неблагопріятнымъ условіямъ жизни; онѣ недостаточно оцѣниваютъ то обстоятельство, что всѣмъ нашимъ духовнымъ свойствамъ и въ томъ числѣ волѣ приходится проявляться не внѣ пространства и времени, а въ мірѣ реальномъ, управлять которымъ, не познавъ его, нельзя, потому что въ каждомъ свободномъ дѣяніи нашемъ во внѣшнемъ мірѣ, мы должны сознательно или безсознательно сообразоваться съ его свойствами, ибо наша воля— воля разумная. Вотъ почему человѣчество съ первыхъ же шаговъ въ жизни прежде всего создаетъ себѣ міровоззрѣніе, правильное или неправильное

это все равно, но въ него оно вѣритъ какъ въ истинное и безъ этой вѣры воля его дѣйствовать не можетъ; вотъ почему эпохи колеблющихся вѣрованій суть эпохи отмѣченныя слабостью воли, отсутствіемъ характера; какъ идти и дѣйствовать, когда волѣ опредѣлиться не на чемъ, когда взоры застилаетъ повязка. Эта пелена застилаетъ нынѣ взоры науки, а отсюда и кризисъ, переживаемый правомъ, которое безъ признанія свободы воли будетъ не правомъ, а силой, сила же никогда не создаетъ права, а лишь охраняетъ его или присваиваетъ себѣ чужое, не ею созданное.

Но жизнь, эта практическая мудрость, никогда не останавливается ни передъ неудачами отдѣльныхъ людей, ни даже цѣлыхъ ученыхъ корпорацій; она дѣлаетъ свое вѣчное дѣло и какъ бы въ насмѣшку неудачнымъ теоріямъ, еще разъ ставитъ тотъ же нерѣшонный вопросъ, не разъ заставляя людей, краснорѣчиво отвергающихъ въ теоріи право наказанія, проливать цѣлыи рѣки крови; достаточно для этого вспомнить Робеспьера и его блестящую рѣчь въ отмѣну смертной казни и сопоставить ее съ имъ же самимъ начатой кровавой борьбой при помощи эшафота au nom du peuple souverain.

Та же жизнь, дающая намъ возможность заглянуть въ душу человѣка, открываетъ передъ нами ту великую связь внутренняго міра человѣка

съ внѣшними условіями общественнаго космическаго характера, связь, которая и обусловливаетъ человѣческое дѣяніе, какъ плодъ совмѣстнаго взаимодѣйствія зависимой мертвой матеріи и независимаго живаго духа. Но почему же та же жизнь не съумѣла заставить насъ, научить насъ проникнуться этой глубокой связью и почему гордый духъ нашъ палъ ницъ передъ мертвой силой природы; почему весь институтъ наказанія въ современномъ европейскомъ уголовномъ правѣ, какъ это справедливо замѣчаетъ профессоръ Сергѣевскій [1]), построенъ на отрицаніи свободы воли, благодаря чему человѣческая личность ради утилитарныхъ цѣлей государства подвергается карательнымъ экспериментамъ, которымъ можетъ подвергаться все, кромѣ существа, имѣющаго свою волю, свой характеръ, хотя месть, какъ ѳпора права, отвергнута, современнымъ законодательствомъ; почему однимъ словомъ, въ современномъ уголовномъ правѣ человѣкъ вдругъ сталъ подражать безстрастію мертвой силы природы, убивающей безъ вины и награждающей безъ заслугъ и почему современное право поставило себѣ цѣлью — утилитаризмъ?

На этотъ вопросъ мы должны будемъ отвѣтить въ концѣ нашего труда, теперь же необходимо замѣтить, что несмотря на смуту, царящую въ

[1]) Сергѣевскій. Рус. Угол. Право, стр. 243.

уголовномъ правѣ, оно все-же не можетъ игнорировать дуализма природы человѣка и потому въ практикѣ принимаетъ во вниманіе какъ внутреннія, такъ и внѣшнія побудительныя причины, обусловливающія фактъ преступленія; устраненіе внѣшнихъ причинъ преступленія всецѣло лежитъ въ усовершенствованіи общественныхъ условій, съ побужденіями же личнаго характера преступника государству приходится считаться особо. Но весь вопросъ въ томъ, какъ считаться и въ какомъ размѣрѣ?

Мы подошли такимъ образомъ къ основному вопросу нашей темы и теперь, независимо отъ общаго вопроса о правѣ наказанія, который нами уже разсмотрѣнъ, намъ придется разсмотрѣть насколько удачно считается западно-европейское законодательство съ личнымъ элементомъ преступнаго дѣйствія человѣка въ примѣненіи къ нему смертной казни, этой высшей карательной формы въ цѣлой лѣстницѣ уголовныхъ наказаній. Съ этой цѣлью мы должны анализировать, какъ основанія, побуждающія современное государство вести свою жертву на эшафотъ, т. е. цѣли наказанія, такъ и душу этой жертвы, нарушающей государственныя правовыя нормы.

IV.

Наказаніе смертной казнью съ точки зрѣнія современнаго fas и jus.

Въ предъидущихъ главахъ мы отмѣтили уже несомнѣнное существованіе въ сознаніи человѣка идеи вѣчной справедливости, которая выражается въ непрерывно видоизмѣняющемся, но въ существѣ своемъ неизмѣнномъ правовомъ чувствѣ человѣка, вытекающемъ изъ основныхъ свойствъ его самосознающей свободной природы. Мы старались также показать, что разсматривая наказаніе вообще и смертную казнь въ частности съ точки зрѣнія справедливости или правового чувства, современная наука уголовнаго права не можетъ достаточно твердо обосновать за государствомъ присвоеннаго ему права наказанія, такъ-какъ необходимость самозащиты не можетъ служить оправданьемъ этого права тѣмъ болѣе, что самозащита прекращается уже съ окончаніемъ ѳакта преступленія; выводить же право наказанія изъ права властвованія, какъ это дѣлаютъ нѣкоторые, нельзя, потому-что современныя европейскія государства—не родовой союзъ варварскаго племени, права главы котораго опирались бы на право кровнаго и духовнаго верховенства родоначальника—творца рода или племени.

Но такъ-какъ вопросъ о смертной казни можетъ

быть разсматриваемъ не съ одной этой общей точки зрѣнія, но и съ болѣе ограниченной и болѣе частной, а именно съ точки зрѣнія той или другой догмы закона божескаго, именуемаго древнеримскимъ правомъ особымъ терминомъ *fas*, или съ точки зрѣнія дѣйствующаго положительнаго свѣтскаго закона—*lex*, то оставляя въ сторонѣ общечеловѣческую идею справедливости, разсмотримъ чѣмъ оправдывается санкція смертной казни по ученію Христа и Библіи съ одной стороны и европейскимъ свѣтскимъ закономъ—съ другой.

Вопросъ объ отношеніи Библіи и христіанскаго ученія къ смертной казни всегда занималъ и до сихъ поръ занимаетъ весь христіанскій міръ и свѣтская власть, чувствуя нравственную шаткость утилитарныхъ цѣлей своихъ въ наказаніи, всегда стремилась искать опору въ религіи; неудивительно поэтому, что какъ прежде, такъ и теперь являлось не мало толкователей Библіи и ученія Христа въ отношеніи права государства наказывать смертью. Въ теченіи первыхъ пяти вѣковъ христіанская церковь вовсе отвергала смертную казнь [1]), но впослѣдствіи съ одной стороны подъ вліяніемъ Библіи, которую пытались примирить съ ученіемъ Христа, съ другой—вслѣдствіе практической необходимости признать божественное происхожденіе смертной казни, она стала молча санкціонировать смертные при-

[1]) D'Olivecrona, La peine de mort, p. 9.

говоры всевозраставшей свѣтской власти. Можетъ показаться страннымъ, что до сихъ поръ большинство европейскаго духовенства чувствуетъ себя, какъ бы связаннымъ закономъ библейскаго тальона и, защищая смертную казнь, ссылается на пятикнижіе, гдѣ проведенъ принципъ «кровь за кровь». Въ Англіи нѣкоторые теологи даже буквально придерживаются Библіи, заявляя, что висѣлица не законна, ибо въ Библіи говорится о пролитіи крови. Однако, по справедливому замѣчанію Гольцендорфа [1]), для оцѣнки наказанія по Библіи необходимо имѣть въ виду характеръ тогдашняго судопроизводства; слѣдствія черезъ представителя власти въ то время не было и библейскія изрѣченія относятся къ той формѣ судопроизводства, когда обвинителями были сами потерпѣвшіе. Но уже въ Талмудѣ есть слѣды ограниченія случаевъ примѣненія смертной казни, и къ концу еврейскаго царства смертная казнь мало по малу выходитъ изъ употребленія; подъ чужимъ же владычествомъ она и вовсе лишилась основанія быть примѣняемой, ибо въ то время въ ней не было уже нужды для защиты національнаго государственнаго порядка. По поводу толкованія Библіи относительно вопроса о смертной казни Пальмъ замѣчаетъ [2]) со словъ знатоковъ еврейскаго языка,

---

[1]) Holtzendorff, Das Verbr. etc., s. 197—198.

[2]) Palm, The death etc p. 46—47.

что стихъ изъ пятикнижія, на который обыкновенно ссылаются защитники смертной казни, переводится многими иначе; такъ, ни одна Библія V столѣтія не содержитъ въ этомъ стихѣ слова «человѣкомъ», т. е. стихъ, на который обыкновенно ссылаются, по правильному переводу долженъ гласить — «кто прольетъ человѣческую кровь и его кровь прольется», что придаетъ этому выраженію лишь пророческій смыслъ, а не характеръ предписанія. Испанскій, итальянскій и французскій списки Библіи не содержатъ слова «человѣкомъ», самъ Кальвинъ говоритъ, что только съ натяжкой можно перевести еврейскій текстъ съ прибавленіемъ этого слова. Но зачѣмъ, продолжаетъ Пальмъ, брать именно этотъ стихъ, когда въ другомъ мѣстѣ Моисеева закона прямо сказано — «кто убьетъ человѣка, обязательно долженъ подвергнуться смерти». Итакъ, отвергнуть смертную казнь на основаніи Библіи нельзя.

Какъ-бы то ни было, однако, современное духовенство и частью политическіе дѣятели, а тѣмъ болѣе масса народа продолжаютъ до сихъ поръ руководиться въ своемъ отношеніи къ вопросу о смертной казни преимущественно началами религіозными; поэтому въ дополненіе къ толкованію Библіи необходимо выслушать и толкованіе ученія Христа относительно смертной казни.

Самъ Христосъ, говоритъ Гольцендорорь, нигдѣ

прямо не призналъ смертной казни и его ссылка на мечъ является лишь образнымъ выраженіемъ, такъ-какъ мечъ въ качествѣ орудія наказанія не былъ въ то время въ употребленіи ни у евреевъ, ни у римлянъ. Но съ другой стороны Христосъ и не отвергъ прямо смертной казни, какъ установленія; напротивъ, онъ самъ былъ подвергнутъ ей и ни единымъ словомъ не возсталъ противъ государственнаго убійства. Но такъ-какъ Христосъ соединялъ въ себѣ абсолютный духъ и конечное тѣло, то «церковь не должна упускать изъ виду, что Онъ, сообразно обстоятельствамъ своей жизни, хотѣлъ говорить и дѣйствительно говорилъ частью человѣчески и временно, частью божески и вѣчно для грядущихъ поколѣній до скончанія вѣковъ»[1]).

Тѣмъ не менѣе не трудно угадать истинное отношеніе ученія Христова къ смертной казни и замѣтить глубокую разницу между его взглядами съ одной стороны и Библіи съ другой. По еврейскому воззрѣнію, какъ вѣрно замѣчаетъ Гольцендорфъ, грѣхъ при внѣшней праведности не имѣетъ никакого значенія, по христіанскому же воззрѣнію напротивъ—соблюденіе закона не имѣетъ никакой цѣны, если оно вытекаетъ изъ грѣшныхъ побужденій; поэтому неотъемлемая для правового понятія внѣшняя сторона дѣянія въ христіанскомъ ученіи совершенно исчезаетъ передъ внутренней

[1]) *Holtzend.*, s. 201—202.

стороной побужденія; отсюда законъ становится совершенно ненужнымъ для христіанина, проникнутаго любовью къ Богу и ближнимъ, а наказаніе, какъ установленіе внѣшнее, совершенно безразлично для кающагося, который при покаяніи своемъ выстрадалъ больше и достовѣрностью божественной милости сталъ выше мірского наказанія. Согласно внутреннему принципу христіанства каждое наказаніе сводится не только къ факту существованія его, а прежде всего къ внутреннимъ побужденіямъ тѣхъ, кто его примѣняетъ и тѣхъ, кто его выноситъ. Благочестивое перенесеніе даже несправедливаго наказанія увеличитъ только заслуги передъ Богомъ и по старо-христіанскому воззрѣнію его слѣдуетъ переносить безъ сопротивленія, въ чемъ бы оно ни состояло, не подвергая сомнѣнія объективной правомѣрности его. Если Христосъ учитъ прощать и отвергаетъ принципъ библейскаго тальона, то это надо понимать въ томъ смыслѣ, что онъ обращается къ отдѣльнымъ лицамъ, такъ-какъ наказаніе и обвиненіе по судопроизводству того времени принадлежали частной иниціативѣ. Тоже значеніе имѣетъ и выраженіе «не судите да не судимы будете» [1]). Независимо отъ всего этого христіанство, основанное на принципѣ любви, великодушія и всепрощенія, должно относиться вообще отрицательно къ смертной казни

[1]) *Holtzend.* p. 205—207.

но отношеніе къ ней христіанства то же, какъ отношеніе его къ рабству; смертная казнь, какъ и рабство, должна пасть по свободному душевному почину гражданъ. Понятно поэтому, почему чистое ученіе Христа не могло лечь до сихъ поръ въ основу государственнаго уголовнаго правопорядка; и тѣ изъ христіанскихъ государей Европы, которые пытались создать уголовное право на началахъ христіанскихъ, принуждены были «погрузиться въ іудейство и ветхій завѣтъ», гдѣ они находили строгія и удобоисполнимыя постановленія, которыя могли быть легко положены въ основу законодательства [1]).

Вотъ почему, если до XVI вѣка мы еще и замѣчаемъ слѣды смягчающаго воздѣйствія христіанскаго міровоззрѣнія въ европейскомъ законодательствѣ, то съ торжествомъ реформаціи, выдвинувшей впередъ ученіе библейское, это вліяніе начинаетъ меркнуть и дуализмъ духовнаго и мірскаго владычества ясно выступаетъ въ ученіи отцовъ протестантизма. Лютеръ, говоритъ Гольцендорфъ [2]), подобно своимъ современникамъ твердо вѣровалъ въ цѣль устрашенія и основалъ мирской порядокъ на страхѣ меча власти. Онъ отвергалъ только преслѣдованіе за ересь, но въ отношеніи другихъ преступленій не довольствовался простой казнью, а при-

[1]) Holtzend., s. 208—209.

[2]) ibid., s. 211.

знавалъ квалифицированную. Онъ вмѣнялъ въ обязанность мирской власти—убивать и употребленіе меча поставилъ въ заслугу передъ Богомъ. Въ особенности строгъ онъ былъ къ бунтовщикамъ. Между тѣмъ старо-католическая церковь, по признанію даже протестантскихъ писателей, не раздѣляла жестокихъ взглядовъ Лютера; не отвергая въ принципѣ смертную казнь, она не оправдывала наказанія во имя утилитарныхъ государственныхъ цѣлей, а потому, давая убѣжище осужденнымъ, она отказывала также въ своемъ содѣйствіи и поддержкѣ государству при казняхъ. Всѣ духовныя лица, какъ въ прошломъ, такъ и теперь единогласно свидѣтельствуютъ, какъ ужасно ихъ положеніе, когда они «сопровождаютъ осужденнаго на эшафотъ, шепчутъ на ухо страдальцу слова состраданія и благочестія и получаютъ нѣмой вопросъ: если Христосъ прощаетъ меня, зачѣмъ убиваетъ меня общество, которое именуется христіанскимъ?» [1])

До XVII вѣка и русское духовенство, подобно католическому, относилось съ большимъ состраданіемъ къ осужденнымъ и государство не рѣдко принуждало его силой принимать участіе при совершеніи казней, а въ чемъ заключалось это участіе мы можемъ видѣть изъ данныхъ, сообщаемыхъ проф. Сергѣевскимъ [2]). «Формальный порядокъ казни,

[1]) Holtzend., s. 212 и 216.

[2]) Сергѣевскій, Наказ. въ Р. пр. XVII в. стр. 91—92.

говоритъ онъ, заключалъ въ себѣ три части: покаяніе и духовное напутствованіе, чтеніе приговора или сказки и шествіе къ мѣсту казни; для покаянія предназначалась особая изба въ тюрьмѣ, въ которой осужденный, по уложенію, долженъ былъ провести шесть недѣль, а по новоуказаннымъ статьямъ 1669 года—не болѣе 10 дней; «послѣ сказки въ покаянной избѣ поститься недѣлю до причастія св. таинъ, а по причастіи св. таинъ, быти имъ два дня, а въ третій день ихъ вершати». Патріархъ Никонъ запретилъ, однако, не только причащать разбойниковъ и татей, но ниже исповѣдывать ихъ въ послѣдній часъ казни; соборомъ 1667 года, низложившимъ Никона, этотъ отказъ былъ поставленъ ему въ число обвиненій.

Итакъ, въ вопросѣ о смертной казни христіанское ученіе прямо идетъ въ разрѣзъ съ Библіей и по мнѣнію Бернера [1]) авторитетъ Моисеева закона совершенно разрушается словами Спасителя: «кто безгрѣшенъ между вами, пусть первый броситъ въ нее камнемъ». Вотъ почему въ публичныхъ церковныхъ собраніяхъ постановлялось, чтобы епископы ходатайствовали у императоровъ за осужденныхъ въ ссылку или на смерть; напр., по ходатайству Амвросія многіе осужденные были помилованы императоромъ Ѳеодосіемъ. Вообще по воззрѣніямъ христіанской церкви нераскаявшагося грѣш-

[1]) Бернеръ, Смертная казнь, стр. 13—17.

ника ждутъ безъисходныя, вѣчныя муки ада, эта «страшная громоносная вѣчность» и потому сердце человѣческое не должно допускать пресѣченія для ближняго пути къ покаянію и исправленію отнятіемъ у него жизни сѣкирой палача» [1]).

Однако, хотя старо-католическая церковь слѣдовала завѣтамъ Христа болѣе, нежели протестантская, все же нельзя забыть ея жестокаго отношенія къ преступленіямъ еретическаго характера. Число жертвъ инквизиціи съ 1483 по 1808 г. опредѣляется въ 341,027 человѣкъ, изъ коихъ 31.912 сожжены живыми, 292.456 подверглись разнымъ тяжкимъ наказаніямъ и 17.699 были сожжены эмблематически (burned in effigy) [2]).

Папа Бонифацій VIII, ведшій войну противъ еретиковъ, предоставилъ судьямъ, по словамъ Ребауди, тайно принимать аттестацію свидѣтелей и утаивать ихъ имена отъ обвиняемыхъ, чтобы избавить ихъ отъ всякаго вреда. Этотъ институтъ, введенный иключительно только для процесса еретиковъ, не замедлилъ распространиться и на другіе процессы. Было принято за аксіому, что два свидѣтеля составляютъ полное доказательство; понятно къ какимъ результатамъ долженъ былъ привести такой порядокъ судопроизводства и слѣдствіемъ его явилось уничтоженіе публичнаго об-

---

[1]) Бернеръ, Смертн. к., стр. 17.

[2]) Palm, The death etc, p. 15.

сужденія дѣла. Но такъ-какъ тайныя свидѣтельства не вызывали увѣренности въ совѣсти судьи, то скоро установлено было и другое правило, по которому подсудимаго нельзя осудить безъ его сознанія; а чтобъ добыть это сознаніе пришлось прибѣгнуть къ насилію, а слѣдоват., и къ пыткѣ, которая нашла себѣ оправданіе въ римскомъ правѣ, памятники котораго (пандекты и кодексъ Юстиніана) какъ разъ были открыты въ XII вѣкѣ. Такимъ образомъ, инквизиціонная система, заимствованная государствомъ у духовенства и опиравшаяся на римское право императорскаго періода, сильно способствовала отмѣнѣ публичнаго обвиненія передъ судьями, избранными народомъ, отмѣнило допросъ свидѣтелей въ присутствіи обвиняемаго и уничтожило свободу защиты; къ этому же времени судьи стали назначаться правительствомъ безконтрольно.

Такова служба сослуженная церковью интересамъ государства, которое въ концѣ концовъ перестало считать наказуемыми тѣ преступленія, которыя церковь признавала наиболѣе важными—преступленія религіознаго характера, а все вниманіе свое сосредоточило лишь на тѣхъ преступленіяхъ, которыя прямо задѣвали интересы государства.

Такимъ образомъ, если христіанское духовенство и стало санкціонировать смертную казнь послѣ XII вѣка, то лишь въ отношеніи преступленій противурелигіозныхъ; въ преступленіяхъ же свѣтскаго ха-

рактера церковь долго продолжала высказываться противъ смертной казни и даже явно выражала свое враждебное отношеніе къ ней, какъ къ явленію противухристіанскому, а слѣдов., и беззаконному, давая убѣжище осужденнымъ и преслѣдуемымъ. Но съ побѣдой протестантизма совпала и побѣда государства, а за нею послѣдовало и постепенное паденіе силы старо-католической церкви, лишившейся мало-по-малу права активнаго участія въ судьбахъ осужденныхъ.

Значеніе христіанскаго ученія въ вопросахъ уголовнаго права оцѣнено по достоинству и Тардомъ въ его Философіи наказанія [1]). По его мнѣнію, въ основу христіанскаго ученія положенъ принципъ любви, всепрощенія и жажды взаимной симпатіи, а цѣлью поставлена справедливость и взаимность услугъ между членами общества. Такъ, несмотря на нѣкоторую жестокость кодекса Θеодосія, въ немъ все же умѣрена суровость стараго римскаго уголовнаго права. «Каноническое право всюду ввело смягченіе наказанія. Конечно, это не помѣшало жестокостямъ по отношенію къ еретикамъ, альбигойцамъ и гугенотамъ и представленія объ адѣ укрѣпили функцію палача; но несмотря на все это, вѣяніе милосердія, распространившееся на всю Европу съ появленіемъ христіанства, подобно тому, какъ это было и въ Индіи съ появленіемъ ученія

[1]) *Tarde*, Philos. pénale, p. 525—527.

Будды, никогда не переставало чувствоваться. Правда, въ средніе вѣка подулъ другой вѣтеръ, но въ концѣ концовъ, принимая во вниманіе варварство и воинственность этой эпохи, надо признать, что она была менѣе сурова, нежели эпоха императорская. Нѣтъ сомнѣнія, что съ возрожденіемъ римскаго права совпало усиленіе жестокостей казней и судебныхъ несправедливостей. Наконецъ, въ XVIII вѣкѣ истинное чистое христіанское ученіе возраждается и проникаетъ, какъ матеріализмъ Дидро, такъ и спиритуализмъ Ж. Ж. Руссо».

Однако, ни спиритуализмъ Руссо, ни матеріализмъ Дидро, хотя бы и проникнутый ученіемъ Христа, не возвратили христіанской идеѣ того преобладающаго значенія, какое она имѣла до полной побѣды свѣтской власти надъ властью духовной. Всепрощеніе и милость все еще чужды современному европейскому уголовному праву и оно продолжаетъ еще покоиться на другой идеѣ. Нынѣ всякій смертный приговоръ считается законнымъ, разъ онъ согласованъ съ буквой дѣйствующаго закона, а властно напоминать о милости, вступаться за осужденнаго теперь некому и современное право помилованія есть лишь остатокъ переживанія стараго обычая, противъ котораго борятся многіе криминалисты. Для стараго правосудія иногда было достаточно удовлетворенія въ идеѣ, вро-

дѣ символическаго сожженія, а для правосудія современнаго нужна реальность.

Итакъ, если христіанская церковь хотя и не признавала, но терпѣла смертную казнь, вопреки основнымъ началамъ ученія Христа, то небезинтересно разсмотрѣть закономѣрность смертной казни съ точки зрѣнія общихъ началъ, на которыхъ зиждется современное европейское законодательство, т. е. съ точки зрѣнія современнаго закона—*lex*.

Европейское законодательство по примѣру духовенства, пытавшагося оправдать право на смертную казнь ссылками на Библію и даже Евангеліе, опирается на различныя теоріи права наказанія, теоріи, которыя подъ различными названіями, упомянутыми нами выше, какъ-то: относительная, смѣшанная, антропологическая и другія, всѣ задаются одной и той же цѣлью—наказывать ради защиты государственнаго порядка и, внушая тѣмъ страхъ къ преступленію, предупреждать его и охранять общество отъ преступниковъ [1]).

Исходя изъ этой утилитарной цѣли, современное европейское законодательство оправдываетъ право государства на жизнь гражданъ интересами общественной пользы и общественнаго спокойствія. Однако, не отрицая за государствомъ права наказывать вообще, многіе отказываютъ ему въ правѣ на смертную казнь, указывая на то, 1)

[1]) *D'olivecrona*, La pein de mort, p. 105.

что жизнь есть неотъемлемое благо, данное провидѣніемъ человѣку, вслѣдствіе чего законъ безусловно воспрещаетъ отнимать его у кого бы-то ни было и кому бы то ни было, 2) что смертная казнь не можетъ служить ни устрашающей, ни предупреждающей, ни исправительной цѣли наказанія и наконецъ 3) что не достигая указанныхъ цѣлей, государство, практикуя смертную казнь, совершаетъ неизмѣримо большій вредъ, развращая общество и возбуждая въ немъ преступные инстинкты зрѣлищемъ крови. Однимъ словомъ, защитники отмѣны смертной казни утверждаютъ, что современное государство лишено права наказывать смертью, что наказаніе это противузаконно или что оно нецѣлесообразно.

И дѣйствительно, если европейское законодательство какъ будто и признаетъ право на убійство, то это лишь въ одномъ случаѣ—въ моментъ обороны; но если вникнуть въ смыслъ этого закона, то не трудно убѣдиться, что законъ этотъ вовсе не даетъ права убивать при оборонѣ, а лишь оправдываетъ поступокъ хотя и извинительный, но самъ по себѣ несомнѣнно противозаконный; вотъ почему всякій гражданинъ, убившій, хотя бы и во время обороны, привлекается къ слѣдствію и суду и лишь въ силу смягчающихъ обстоятельствъ освобождается отъ наказанія. Между тѣмъ, говорятъ аболиціонисты, совершая казнь преступника, со-

временное государство вовсе не находится въ положеніи обороняющагося, моментъ обороны упущенъ, а тѣмъ самымъ потеряно и право на законное сопротивленіе, такъ что казнь становится уже умышленнымъ убійствомъ, противнымъ духу и точному смыслу всего уголовнаго законодательства. Справедливость этого аргумента не уничтожается оговоркой, ссылающейся на необходимость смертной казни для того или другого даннаго случая, если признать, что государство должно руководствоваться тѣми же правовыми нормами, какъ и граждане. «Почему же, справедливо замѣчаетъ Пальмъ, то, въ чомъ каждый членъ государственнаго союза въ отдѣльности не можетъ быть оправданъ, получаетъ оправданіе, если эти индивидумы будутъ сложены вмѣстѣ. Государство не имѣетъ права въ отмщеніе за одного совершить хладнокровно обдуманное убійство другого». Законъ долженъ учить не только правилами, но и примѣромъ. Государство не можетъ ссылаться на необходимость самообороны; если человѣкъ поборетъ нападающаго, свяжетъ ему руки и ноги и потомъ хладнокровно убьетъ его, это будетъ убійство; государство, лишая свободы, должно ли идти дальше, спрашиваетъ Пальмъ [1]).

Анализируя природу естественной самозащиты и обороны, Гольцендорфъ говоритъ, что тальонъ,

---

[1]) Palm, The death etc, p. 121—122.

основанный на мести, естественен до тѣхъ поръ, пока убійца падаетъ подъ ударами гнѣва его преслѣдователей; безъ гнѣва ни толпа, ни единичный человѣкъ не убьетъ его. Кровная месть въ нравственномъ отношеніи была выше современной бойни людей, которыхъ приготовляютъ судебно, медицински, и теологически и передаютъ въ руки палача, убивающаго по обязанности ремесла. Въ старомъ германскомъ правѣ находятся многочисленныя указанія на то, что люди всѣми средствами избѣгали участія въ убіеніи безъ гнѣва и поэтому часто поручали исполненіе казни младшимъ шеффенамъ. Только въ средніе вѣка создалась должность палача, на которую соглашались лишь люди лишонные чести, пользовавшіеся общимъ презрѣніемъ [1]).

Убійство безоружнаго преступника во имя защиты общества столь же не законно, какъ разстрѣляніе безоружныхъ военноплѣнныхъ, замѣчаетъ Доливекрона [2]).

Наконецъ, многіе, обращая вниманіе на форму государственнаго правленія, замѣчаютъ, что правомъ смертной казни не можетъ быть облечено ни одно правительство, хотя бы и делегированное народомъ. Пальмъ замѣчаетъ, что въ основу декларація американской независимости положенъ прин-

---

[1]) Holtzendorff, s. 292—293.

[2]) *D'olivecrma*, p. 106.

ципъ, въ силу котораго государственная власть предполагается вытекающей изъ воли управляемыхъ, поэтому нельзя предположить, чтобы граждане могли предоставить государству какія либо права, какими сами не обладаютъ, нарушая такимъ образомъ основной принципъ права—nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet; если же, по смыслу современнаго законодательства, за гражданами не признается права лишать себя жизни, то трудно понять, откуда законно делегированное правительство можетъ пріобрѣсти такое право надъ ними. По мнѣнію нѣкоторыхъ смертная казнь противорѣчитъ также основному назначенію современнаго государства—защищать и охранять личность человѣка. Разсматривая вопросъ съ этой стороны, Ребауди [1]), говоритъ: государство, которому предоставлена власть поддерживать равновѣсіе между свободой каждаго и всѣхъ, является носителемъ двухъ функцій—предотвращать нарушеніе права и возстановлять право нарушенное; это сводится къ средствамъ предупредительнымъ, т. е. къ хорошему правленію и къ средствамъ репрессіи, т. е. къ наказанію. Если наказаніе есть средство для поддержанія господства права, если основаніе, начало и цѣль права лежитъ въ человѣческой личности, такъ что право существуетъ для личности, а не личность для него, очевидно наказа-

[1]) *Rebaudi*, La pena etc p. 13—15.

ніе никогда не можетъ заключаться въ уничтоженіи человѣческой личности, такъ-какъ нелѣпо пользоваться разрушеніемъ въ цѣляхъ сохраненія того, что разрушаешь. Ссылаться, по мнѣнію Ребауди, на общественное благо, на преимущество большинства, неосновательно, потому что каждый человѣкъ есть моральная единица, равная всякому другому человѣку и человѣчество, какъ это сказалъ еще Кантъ, такъ же содержится въ одномъ человѣкѣ, какъ и въ тысячѣ, или во всей остальной части рода человѣческаго. Смертная казнь ради гарантіи и спокойствія другого могла бы быть законной лишь въ томъ случаѣ, если бы можно было строго доказать невозможность сосуществованія виновнаго съ невиннымъ, потому что только въ такомъ случаѣ можно было бы ссылаться на охрану права.

Резюмируя вышеизложенное, мы видимъ, что европейское уголовное право, оставаясь строго вѣрнымъ самому себѣ, не можетъ признать за государствомъ права карать смертью гражданъ, не создавая этимъ внутренняго противорѣчія въ самомъ себѣ. Это внутреннее противорѣчіе можно было подмѣтить уже давно, лучшимъ свидѣтельствомъ чему служитъ вышеупомянутая блестящая рѣчь Робеспьера [1]), произнесенная имъ въ отмѣну смертной казни незадолго передъ тѣмъ, какъ онъ

[1]) D' Olivecrona, Introd. par Beauchet, p. XII.

самъ, противорѣча себѣ, вынужденъ былъ санкціонировать кровавую оргію революціоннаго трибунала, державшагося принципа salus populi suprema lex esto. «Побѣдитель, говоритъ Робеспьеръ, убивающій своихъ плѣнныхъ враговъ—варваръ. Человѣкъ, убивающій дитя, котораго онъ могъ бы обезоружить и наказать, намъ кажется чудовищемъ. Преступникъ, осужденный обществомъ, представляетъ самъ по себѣ лишь побѣжденнаго и безсильнаго врага; онъ является передъ этимъ обществомъ болѣе слабымъ, нежели дитя передъ взрослымъ человѣкомъ. Эти зрѣлища казней, которыя совершаетъ государство съ такимъ торжествомъ во имя справедливости и правосудія—суть лишь низкія убійства, явныя преступленія, совершаемыя не лицомъ, а цѣлымъ народомъ при соблюденіи законныхъ формъ».

V.

Утилитарныя цѣли государственнаго наказанія въ смертной казни.

Допуская даже, что за современнымъ государствомъ есть законное право наказывать смертью, посмотримъ, удовлетворяетъ-ли эта форма наказанія тѣмъ практическимъ цѣлямъ, ради которыхъ она устанавливается современнымъ европейскимъ

законадательствомъ. Для рѣшенія этого вопроса необходимо прежде всего разсмотрѣть мотивы, побуждающіе преступниковъ совершать преступленія, такъ-какъ лишь ознакомившись съ силой побудительныхъ причинъ, ведущихъ къ преступленію, можно съ увѣренностью сказать, подвержены-ли вообще преступники устрашенію и если да, то въ достаточной-ли мѣрѣ, чтобы сдѣлать смертную казнь, если не правомѣрной, то хотя бы цѣлесообразной.

Гольцендорфъ [1]) съ замѣчательной талантливостью анализируетъ устрашающее значеніе смертной казни и говоритъ, что законодатель долженъ ставить вопросъ не о томъ, имѣетъ-ли вообще значеніе страхъ смерти, а можетъ-ли этотъ мотивъ производить свое дѣйствіе въ той средѣ, къ которой принадлежитъ преступникъ и при тѣхъ условіяхъ, въ какихъ дѣйствуетъ карательный законъ. Любовь къ жизни и страхъ смерти, какъ они ни всеобщи въ человѣчествѣ, не всегда служатъ самыми сильными стимулами человѣческихъ дѣйствій. Высшіе нравственные мотивы религіозности, любви къ отечеству, чувство чести, сходятся съ сильнѣйшими мотивами преступленій въ томъ, что превозмогаютъ опасности жизни и страхъ смерти; поэтому фактъ широко-распространеннаго страха смерти стоитъ въ рѣшительный моментъ лицомъ къ лицу съ нравственнымъ тре-

[1]) Holtzendorff, s. 29—30.

бованіемъ презрѣнія смерти. Вслѣдствіе этого устрашающая сила смертной казни безконечно различна и находится въ строгой зависимости: 1) отъ образа мыслей даннаго лица, 2) отъ вѣроятности ея примѣненія, 3) отъ отношенія вѣроятности смертной казни къ вѣроятію естественной продолжительности жизни. Имѣя все это въ виду, законодателю слѣдуетъ заранѣе знать и точно опредѣлить для себя: какое дѣйствіе на данное населеніе будетъ имѣть угроза смертной казни въ законѣ, какое вліяніе можетъ имѣть на осужденнаго приговоръ къ смертной казни и, наконецъ, устрашаетъ-ли казнь присутствующихъ при ней. Но государство, совершенно вѣрно замѣчаетъ Гольцендорфъ, не можетъ желать, чтобы при помощи искусственныхъ законодательныхъ мѣръ увеличивался въ населеніи страхъ къ смерти, такъ-какъ одна изъ важнѣйшихъ задачъ религіозно—нравственнаго ученія это избавить человѣка отъ страха смерти, вслѣдствіе чего трусость и клеймится всюду позоромъ; слѣдов., государство должно имѣть въ виду не возбужденіе страха вообще, а лишь страха тѣхъ душевныхъ мукъ, которыми сопровождается казнь. Если же центръ тяжести смертной казни сосредоточивается на нравственныхъ страданіяхъ, то возникаетъ вопросъ, имѣютъ-ли достаточную силу воображенія люди той среды, изъ какой всего больше попадаютъ на эшафотъ, чтобы возможность

унизительной казни представилась имъ въ своихъ истинныхъ размѣрахъ; съ другой стороны, можетъ-ли страхъ этихъ нравственныхъ мукъ оказать какое-либо сдерживающее вліяніе на людей, хотя и обладающихъ достаточнымъ воображеніемъ, но одаренныхъ высокой степенью нравственной силы, для которыхъ смерть сама по себѣ является несущественной и потому для нихъ всякое другое менѣе тяжкое и унизительное наказаніе имѣло бы одинаково устрашающее значеніе, если только они подвержены вообще устрашенію.

На чемъ въ самомъ дѣлѣ держится правовой порядокъ государства, спрашиваетъ Гольцендорфъ [1]. Во всякомъ случаѣ не на страхѣ, ибо еслибы какое нибудь преступное дѣйствіе было объявлено ненаказуемымъ, то число такихъ дѣйствій не возрасло бы сразу; поэтому чѣмъ безнравственнѣе считается какое либо дѣйствіе, тѣмъ менѣе имѣетъ значеніе страхъ, возбуждаемый угрозой наказанія, такъ-какъ во 1-хъ, правовой порядокъ государства держится прежде всего силой и всеобщностью нравственныхъ мотивовъ, которые являются источникомъ и въ очень малой степени результатомъ уголовнаго законодательства, во 2-хъ, онъ опирается на непривлекательность преступленія и лишь въ 3-хъ, держится страхомъ закона. Мотивы, заставляющіе человѣка побороть въ себѣ

[1]) Holtzendorff, s. 70.

страхъ смерти, очень разнообразны, а именно: честолюбіе, чувство долга, обязанности, воодушевленіе, религіозныя и политическія убѣжденія; когда эти мотивы достигаютъ извѣстной силы, страхъ смерти исчезаетъ передъ ними. Эти чувства одинаково дороги и государству, которое съ ними борется, ибо, говоритъ Гольцендорфъ, «ни одинъ разумный законъ не можетъ провозгласить—бойтесь смерти,—это значило бы заглушить всякое чувство чести». Исторія религіозныхъ преслѣдованій доказываетъ, какъ безплодно насильственное подавленіе свободы совѣсти; конечно и здѣсь много значитъ большая или меньшая сила религіознаго вѣрованія, ибо мученичество христіанъ первыхъ вѣковъ привело къ торжеству христіанства, а реформаціонное движеніе въ XVI вѣкѣ въ Испаніи, Италіи, Австріи и Богеміи было подавлено. Но ярче всего сказывается безсиліе государства придать устрашающее дѣйствіе своему закону въ исторіи законодательныхъ мѣръ XVII вѣка противъ дуэлей. Ни смертная казнь, ни конфискація имуществъ, ни посрамляющія наказанія, ничто не въ силахъ было предотвратить дуэлей. Абсолютная монархія, съумѣвшая во Франціи и Германіи лишить дворянство, какъ сословіе, его политическихъ привиллегій, оказалась безсильной воздѣйствовать на измѣненіе понятій о чести въ интересахъ государственныхъ. Даже церковь, стремившаяся про-

тиводѣйствовать дуэлямъ угрозой лишенія христіанскаго погребенія, оказалась въ концѣ концовъ столь-же безсильной, какъ и государство.

Поэтому нельзя отказать въ вѣрности слѣдующему обобщенію Гольцендорфа о значеніи устраненія смертной казни: всюду, говоритъ онъ, гдѣ извѣстный классъ преступниковъ руководствуется мотивами дѣйствительной или мнимой обязанности, угроза смертной казнью остается почти совсѣмъ недѣйствительной. Это соображеніе относится прежде всего къ преступленіямъ политическаго характера, такъ-какъ мотивами политическихъ убійствъ бываютъ или непреодолимое чувство мести за оскорбленіе, или дѣйствительное, а также воображаемое чувство долга. «Убійцы этой категоріи, говоритъ, Гольцендорфъ, подчиняются въ совѣсти своей высшему закону и не защищаютъ себя отъ наказанія. Преступники этого рода, несмотря на ихъ тяжкую вину, всѣ въ глубинѣ души—благородныя натуры» [1]).

Правда, существуютъ и такіе люди, которые совершаютъ преступленіе изъ совершенно другихъ мотивовъ, гдѣ взамѣнъ высокой силы вѣрованія или убѣжденія, мы видимъ полное равнодушіе къ чужой и собственной жизни; сюда относятся люди морально слабые и лишонные самообладанія. Всѣ эти преступники, руководствующіеся корыст-

[1]) Holtzendorff, s. 88.

ными цѣлями, получаютъ отвращеніе къ труду и склонность къ воровству, а иногда и къ убійству подъ вліяніемъ различныхъ жизненныхъ условій. Привычка выработанная жизнью порою превращается въ натуру и никакой страхъ не можетъ уже удержать ихъ, ибо они не въ состояніи сопротивляться пріобрѣтенному ими пороку.

Итакъ, при оцѣнкѣ устрашающаго значенія смертной казни, нельзя не имѣть въ виду личныхъ качествъ преступника. Патріотизмъ, жажда славы, страсть къ деньгамъ, страсть къ приключеніямъ заставляетъ многихъ рисковать жизнью на войнѣ; и если многихъ не пугаютъ даже вѣчныя муки ада, то какъ могутъ испугать ихъ муки смерти, спрашиваетъ Пальмъ [1]). Въ Америкѣ вѣшаютъ ежегодно отъ 100—150 убійцъ, а убійства все таки растутъ; но еще интереснѣе то обстоятельство, что самоубійствъ въ три раза больше, чѣмъ убійствъ. Сто лѣтъ уже примѣняютъ смертную казнь въ С. А. Соединенныхъ Штатахъ, но убійства возрастаютъ все время сильнѣе, чѣмъ народонаселеніе. Юмъ говоритъ, что 72.000 воровъ было повѣшено при Генрихѣ VIII, но это не уменьшило числа преступленій; при Георгѣ III смертная казнь была объявлена за большее число преступленій, нежели въ царствованія Плантагенетовъ, Тюдоровъ и Стюартовъ взятыя вмѣстѣ, между тѣмъ возраста-

1) *Palm.* The death etc, p. 118—119.

ніе преступленій никогда не шло такъ быстро, какъ при немъ [1]).

Но помимо малой впечатлительности преступниковъ къ угрозѣ смертной казни вообще, по мнѣнію многихъ опытныхъ криминалистовъ, люди рѣшающіеся на преступленія, взвѣшиваютъ не степень тяжести наказанія, а вѣроятность избѣжать его. Такъ, по Зигелю 50% преступниковъ совершенно избѣгаютъ судебнаго преслѣдованія, а по Lіоу этотъ процентъ еще больше. По судебной статистикѣ (Statist. giudiz., Roma) въ 4-лѣтіе съ 1880—83 годъ изъ сопоставленія числа дѣлъ, прекращенныхъ за неоткрытьемъ преступниковъ, явствуетъ, что въ Италіи изъ 100 преступленій 31 оставалось ненаказаннымъ. По утвержденію извѣстныхъ криминалистовъ остаются неразысканными въ Бельгіи и Англіи 20% преступниковъ, во Франціи—28%.Бельстромъ—Скаліа, пользующійся большимъ авторитетомъ въ уголовной статистикѣ, говоритъ, что на 10.000 обвиняемыхъ были освобождены по недостатку уликъ—965 во Франціи, 1.037 въ Бельгіи и 1.034—въ Италіи. По судебной статистикѣ за 4-хъ-лѣтіе съ 1880—83 г. въ Италіи въ среднемъ было освобождено за недостаткомъ уликъ 15% [2]).

---

[1]) *Palm.*, p. 125—127.

[2]) *Rebaudi*, La Pena di morte, p. 16—19.

Не безинтересны также статистическія данныя, указывающія процентъ оправдательныхъ приговоровъ и постоянное возрастаніе ихъ. Такъ, въ Италіи число оправдательныхъ приговоровъ, по сравненію съ обвинительными, составляло въ 1874 году 23,46%, въ 1884—30,12%. Во Франціи въ 1880 г. было 23,44% оправданій, а въ 1883—26,23%; въ Бельгіи въ 1881—24,31%, а въ 1883—26,46%. Въ Германіи въ 1860 г. было 16,82% оправданій, а въ 1865—18,30%; въ Англіи съ 1857—78 было въ среднемъ 24% оправданій [1]).

Вѣроятность помилованія также содѣйствуетъ ослабленію устрашающаго значенія смертной казни, въ особенности въ послѣднее время, когда по словамъ Ребауди «помилованіе осужденныхъ становится общимъ правиломъ, а казнь исключеніемъ». Такъ, въ Испаніи за 10-лѣтіе съ 1868—78 осуждено было 201, а казнено лишь 126 (30% помилованій), въ Бельгіи съ 1820 по 1833 г. осуждено было 167, казнено 45 (26,95%); въ періодъ съ 1832—55 казнено 17%, а съ 1863 не было приведено въ исполненіе ни одного приговора. Во Франціи съ 1870—79 осуждено 198, казнено 93 (46%); въ 1881 осуждено 19, казненъ лишь 1; въ 1882 осуждено 35, казнено 4, въ 1883 осуждено 25, казнено 3. Въ Англіи и Валлисѣ съ

---

1) Rebaudi, La pena etc., p. 21—22.

1850—79 осуждено 665, казнено 372 (55°/₀); съ 1863 г., когда смертная казнь стала примѣняться лишь къ предумышленному убійству и государственной измѣнѣ, изъ 374 осужденныхъ казнено 221 (56°/₀); въ Швеціи съ 1857—61 осуждено 356, казнено 33 (9,26°/₀), а съ 1869—78 9,37°/₀. Въ Даніи съ 1868—78 осуждено 94, казненъ лишь 1 (1,6°/₀). Въ Австріи съ 1866—71 осуждено 282, казнено 33 (11,07°/₀). Въ Пруссіи съ 1838—62 г. осуждено 766, казнено 269 (35,12°/₀). Въ Германіи съ 1869—78 осуждено 484, казненъ одинъ Гедель (0,5°/₀) [1].

По мнѣнію нѣкоторыхъ, самоубійство въ тюрьмахъ и на свободѣ могутъ съ своей стороны также служить косвенными доказательствами того, что смертная казнь сама по себѣ не можетъ умѣть серьезнаго устрашающаго значенія; къ ней питаютъ страхъ только тѣ, кто неспособенъ на преступленія, а для будущихъ преступниковъ она почти никакого значенія не имѣетъ. Такъ, Ребауди указываетъ, что въ слѣдственныхъ тюрьмахъ Италіи съ 1877—88 г. было 32 самоубійства и 59 покушеній на самоубійство. По даннымъ многихъ компетентныхъ лицъ число самоубійцъ вообще *вдесятеро* больше числа умирающихъ отъ руки другого. Такъ, въ Англіи и Валлисѣ съ 1853—85 г. въ среднемъ было 1261 самоубійство въ годъ, а

[1]) Rebaudi, La pena... p. 22—30.

съ 1880—82 на 5.919 самоубійствъ было 1.038 убійствъ. Въ Шотландіи же за тоже трехлѣтіе было 519 самоубійствъ и лишь 42 убійства. Въ Германской Имперіи за тоже время—7.947 самоубійствъ и 451 убійство. Въ Австріи за тотъ же періодъ—10.622 самоубійства и 2.074 убійства, въ Бельгіи за то же время—1.736 самоубійствъ и 301 убійство; во Франціи въ тотъ же періодъ—15.505 самоубійствъ и 1.326 убійствъ; въ Испаніи—1.392 самоуб. и 2.161 убійство.

Эти указанія имѣютъ тѣмъ большее значеніе, что, по мнѣнію проф. Лакасань, большинство самоубійцъ суть преступники видоизмѣненные общественной средой.

Довольно крупная цифра смертности отъ случайныхъ опасностей можетъ также служить доказательствомъ презрѣнія человѣка къ смерти, а слѣдов., и недѣйствительности смертной казни, какъ мѣры устрашенія; въ Англіи за періодъ съ 1880—82 годъ смертныхъ случаевъ отъ непредвидѣнныхъ опасностей было 46.366, во Франціи—35.007, въ Германской Имперіи 8.670, въ Австріи—19.968, въ Италіи—7.736 [1]). Между тѣмъ этотъ большой процентъ смертности отъ случайныхъ причинъ не удерживаетъ людей ни отъ работъ въ шахтахъ, ни отъ другихъ опасныхъ занятій.

---

[1]) *Bebaudi*, La pena etc. p. 32—33.

Взвѣсивъ всѣ вышеприведенныя данныя, нельзя не согласиться съ цитированными авторами, что если бы смертная казнь была даже единственной тяжкой формой наказанія, она все таки не достигла бы цѣли въ отношеніи тѣхъ, на кого направлена ея угроза, а потому смертная казнь, какъ средство устрашенія, оказывается не выдерживающей критики. Впрочемъ, современные криминалисты ослабляютъ этотъ аргументъ, указывая на малую достовѣрность примѣненія этого наказанія, вслѣдствіе систематическихъ оправдательныхъ приговоровъ и болѣе щепетильнаго отношенія слѣдователей къ доказательствамъ виновности лицъ, которымъ грозитъ смертная казнь, чѣмъ въ отношеніи къ тѣмъ преступникамъ, которые подлежатъ менѣе тяжкому наказанію.

Изъ всего этого вытекаетъ тотъ практическій выводъ, что современное законодательство не въ состояніи придать смертной казни того дѣйствительно устрашающаго дѣйствія, которымъ оно задается. Между тѣмъ существованіе смертной казни въ системѣ современныхъ наказаній мѣшаетъ неуклонности примѣненія кары закона, такъ-какъ присяжные предпочитаютъ оправдывать подсудимыхъ при малѣйшемъ сомнѣніи, а иногда и свидѣтели щадятъ обвиняемаго; а безъ неуклонности примѣненія наказанія нельзя серьезно говорить объ устрашеніи. Уничтоженіе смертной казни, говоритъ

Гольцендорфъ и замѣна ея пожизненнымъ заключеніемъ увеличитъ неуклонность примѣненія, а слѣдов., и устрашеніе закона [1]); съ этимъ взглядомъ согласны и другіе цитированные нами авторы.

Что касается *цѣлей предупрежденія повторенія преступленій и исправленія преступника*, то нѣтъ сомнѣнія, смертная казнь безусловно ограждаетъ отъ повторенія преступленій, объ исправительномъ же значеніи ея съ утилитарной точки зрѣнія рѣчи быть не можетъ. Очевидно также, что законодателю, которому всѣ другія менѣе радикальныя средства предупрежденія повторенія преступленій кажутся недѣйствительными, смертная казнь представляется единственной цѣлесообразной мѣрой охраны общественнаго порядка. Но нельзя не согласиться съ Гольцендорфомъ и другими криминалистами, что смертную казнь въ качествѣ предупредительной мѣры противъ повторенія убійства можно признать только тогда, когда возможно будетъ доказать, что убійство принадлежитъ къ числу наиболѣе повторяемыхъ преступленій, а потому оно одно и карается въ большинствѣ современныхъ государствъ и должно продолжать караться смертной казнью.

Обращаясь для разрѣшенія этого вопроса къ статистическимъ даннымъ повторяемости преступ-

[1]) Holtzendorff s. 56.

леній, мы видимъ, во-первыхъ, что повторяемость преступленія стоитъ въ обратномъ отношеніи къ его тяжести, поэтому воръ скорѣе можетъ повторить воровство, чѣмъ убійца убійство. Вотъ почему рецидивистами чаще всего бываютъ воры, обманщики, бродяги, нищіе и проститутки, которыхъ не удерживаетъ даже впечатлѣніе только-что отбытаго наказанія. Эти люди до такой степени лишены воли, что ничто не можетъ удержать ихъ отъ привычнаго ремесла. Такимъ образомъ смертная казнь въ качествѣ предупредительной мѣры противъ повторенія преступленія можетъ быть цѣлесообразной, а слѣдов., съ утилитарной точки зрѣнія и законной только по отношенію къ менѣе тяжкимъ преступленіямъ, а не къ тѣмъ, которыя караются смертной казнью современнымъ европейскимъ законодательствомъ. Говоря о маломъ предрасположеніи убійцъ къ повторенію преступленій, мы не имѣемъ конечно въ виду преступниковъ одержимыхъ маніей человѣкоубійства, ибо количество ихъ такъ ничтожно, что о нихъ и не стоитъ говорить: для нихъ существуетъ законное учрежденіе—больница [1]).

Бернеръ, высказываясь противъ смертной казни вообще и въ частности, какъ мѣры предупредительной, говоритъ: «только смотря на человѣка, какъ на простое средство для достиженія извѣст-

[1]) Holtzendorff, s. 152—153.

ныхъ общественныхъ цѣлей, можно рѣшиться утверждать, что объ исправленіи подлежащаго казни преступника нѣтъ надобности болѣе хлопотать, т. к. послѣ казни обществу нечего болѣе его опасаться» [1]).

Проф. Бошэ, отрицая за смертной казнью исправительное значеніе, говоритъ: «исправленіе является лишь побочной цѣлью въ смертной казни; примѣръ самое важное и исправительная цѣль всегда должна быть принесена въ жертву, если того требуетъ общественный интересъ» [2]). Но на это можно возразить мѣткими словами Проаля, влагаемыми имъ въ уста преступника: «вы говорите, что казнь моя будетъ полезна обществу, но почему же долженъ я служить орудіемъ страха въ его интересахъ?» [3]).

Итакъ, взгляды криминалистовъ о значеніи исправительной цѣли въ наказаніи очень расходятся: одни придаютъ ей побочное второстепенное значеніе, другіе даютъ ей первое мѣсто. Но посмотримъ лучше на дѣлѣ, насколько исправимы приговоренные къ смертной казни, получившіе помилованіе. По словамъ опытныхъ криминалистовъ и тюрьмовѣдовъ ни одинъ классъ преступниковъ не склоненъ въ такой степени къ исправленію,

---

[1]) Бернеръ, См. к., с. 58.
[2]) *D'Olivecrona*, Jntrod. par. *Beauchet*, p. XIII.
[3]) *Proal*, Le crime... p. 476.

какъ помилованные убійцы [1]). По словамъ тюремныхъ директоровъ они замыкаются отъ другихъ и стараются оставить то мѣсто, гдѣ было совершено ими преступленіе. Такъ, Томасъ Корригенъ, убившій изъ ревности жену и сосланный въ 1855 году въ Австралію жилъ тамъ добродѣтельно въ кругу своихъ дѣтей, распространяя христіанство какъ миссіонеръ и такихъ примѣровъ не мало. Тѣмъ не менѣе сущность исправленія тѣми мѣрами, которыми располагаетъ современное государство, столь-же мало обезпечена въ своемъ осуществленіи, какъ и устрашеніе. Одно несомнѣнно, говоритъ Гольцендорфъ, что перерожденіе преступной воли въ нравственную силу добра есть могущественнѣйшее изъ всѣхъ предупредительныхъ средствъ противъ повторенія преступленія, но къ сожалѣнію ни одно законодательство не можетъ опереться на него, ибо чтобъ основать уголовное право на исправленіи, нужно доказать во-первыхъ, что источникомъ всякаго преступленія является преступное расположеніе и, что въ моментъ совершенія преступленія, это расположеніе существенно отличается отъ простой безнравственности; съ точки зрѣнія морали единичный фактъ, положенный на обремененную уже чашу вѣсовъ безнравственности и отдавшій преступника въ руки правосудія, имѣетъ мало значенія; почему же чисто тѣлесный элементъ оп-

[1]) Holtzendorff, s. 175—176.

редѣленнаго наказуемаго дѣянія долженъ подвергнуть всю духовную личность человѣка процедурѣ исправленія; тѣмъ болѣе, что можно совершить преступленіе и безъ всякаго нарушенія своего нравственнаго достоинства. Во вторыхъ, нужно доказать, что возможно средствами государства произвести именно желательное нравственное измѣненіе личности. Опытъ показалъ, что тѣми средствами, какими располагаетъ государство, невозможно достичь этой цѣли, ибо въ душевной жизни людей происходятъ такія воздѣйствія, которыя вовсе не поддаются разсчету. Извѣстно, напр., что привычные преступники не исправляются насильственными мѣрами наказанія, а становятся лишь лицемѣрами [1])

Но такъ-какъ не всѣ криминалисты смотрятъ на этотъ вопросъ съ точки зрѣнія Гольцендорфа и многіе не хотятъ мириться съ признаніемъ неудачи экспериментовъ исправленія государственными мѣрами, то находятся даже такіе, которые предлагаютъ замѣнить смертную казнь ослѣпленіемъ, указывая на то, что слѣпые поставленные въ полную зависимось отъ людей, становятся обыкновенно болѣе мягкими нравомъ. Касаясь этого проэкта, самъ Гольцендорфъ какъ бы забываетъ все сказанное имъ и признаетъ, какъ вопросъ достойный обсужденія, замѣнить смертную казнь на-

[1]) Holtzend. s. 181.

ложеніемъ на глаза спеціальнаго механическаго аппарата, долженствующаго замѣнить ослѣпленіе. Это не мѣшаетъ ему, однако, цитировать «ученаго правовѣда» Бернера, восклицающаго: «кто вглядывался въ сокровенную глубину человѣческой души, тотъ знаетъ и быть можетъ когда нибудь сможетъ освѣтить дневнымъ свѣтомъ, что преступники, которые платятся за свои дѣянія въ тюрьмѣ или на эшафотѣ, не хуже всѣхъ другихъ людей и что нѣкоторые, не совершавшіе никакихъ преступленій, гораздо большіе злодѣи, чѣмъ преступники, понесшіе кару закона. Въ моментъ убійства человѣкъ не стоитъ такъ далеко отъ исправленія, какъ это кажется; до преступленія онъ не сознаетъ всей своей низости, она выясняется ему лишь въ эту минуту и тогда вмѣстѣ съ самосознаніемъ наступаетъ и раскаяніе» [1]).

Итакъ, утилитарныя цѣли наказанія, какъ-то: устрашеніе или примѣръ, предупрежденіе повторенія и исправленіе нельзя съ увѣренностью класть въ основу уголовнаго законодательства, такъ-какъ государство или безсильно достичь ихъ или достигаетъ результатовъ совершенно противоположныхъ, а потому наказаніе нынѣ какъ, и раньше, является въ концѣ-концовъ простой местью и Гольцендорфъ вполнѣ правъ, доказывая всю невозможность, а мы прибавимъ и всю безнравственность—

[1]) Holtzendorff, s. 175.

производить то или другое нравственное измѣненіе личности насильственными средствами государства. Лишь путемъ свободнаго внутренняго почина можетъ происходить дѣйствительно цѣнное нравственное измѣненіе личности, насильственныя же мѣры не всегда приводятъ къ цѣли даже при дрессировки животныхъ, какъ то вѣрно замѣчаетъ Ломброзо [1]). Наказаніе какъ страданіе можетъ исправить только тѣхъ, кто смотритъ на него, какъ на искупленіе своей вины, кто свободно принимаетъ его какъ должное воздаяніе, но такихъ преступниковъ становится все меньше и меньше.

Несостоятельность утилитарныхъ цѣлей, которыми задается современное государство, хорошо иллюстрируется вліяніемъ отмѣны смертной казни на число преступленій; нижеслѣдующій рядъ статистическихъ данныхъ показываетъ, что смертная казнь не только не приводила къ уменьшенію преступленія, а напротивъ какъ бы плодила ихъ, такъ-какъ отмѣна ея въ большинствѣ случаевъ, если вѣрить этимъ даннымъ, сопровождалась не повышеніемъ, а пониженіемъ преступности. Въ отчетѣ національнаго благотворительнаго общества С. А. С. Штатовъ за 1883 годъ, составленномъ семью наиболѣе выдающимися и опытными членами его, между прочимъ говорится: «безрезультатность уголовныхъ наказаній въ смыслѣ предотвращенія

[1]) *Lombroso,* L'homme criminel, p. 35.

преступленій, какъ нынѣ, такъ и во всѣ времена, должна быть приписана преимущественно принципу тальона, который царитъ въ нихъ... кровавыя наказанія во всѣ времена сопровождались многочисленными преступленіями, тогда какъ правонарушенія уменьшались, когда наказанія смягчались [1]). Дѣйствительно, вопросъ о вліяніи отмѣны смертной казни на уменьшеніе числа преступленій статистически рѣшается въ томъ смыслѣ, что съ отмѣной ея число это уменьшается. Конечно, тутъ могутъ быть и другіе факторы, вліяющіе такъ или иначе на это уменьшеніе и, быть можетъ, не одна отмѣна казни обусловливаетъ эти результаты; тѣмъ не менѣе нынѣ существуютъ данныя, подтверждающія этотъ выводъ и имъ ничто еще не противорѣчитъ.

Такъ, съ 1874 г. во всей Швейцаріи, за исключеніемъ 2 — 3 кантоновъ отмѣнена смертная казнь и вездѣ получились благопріятные результаты. Въ Финляндіи съ 1824 года совсѣмъ не практиковалась смертная казнь и несмотря на это убійства тамъ крайне рѣдки.—Въ 1870 году въ Голландіи отмѣнена смертная казнь и число убійствъ, несмотря на приростъ населенія, убыло; а именно, между 1861 и 1869 было 19 убійствъ, а въ періодъ съ 1871 по 1879 только 17 убійствъ.—Въ Тосканѣ смертная казнь 2 раза была отмѣнена

[1]) *Palm*, The death etc, p. 113.

и опять возстановлялась, но въ оба періода съ отмѣной смертной казни уменьшалось и число убійствъ. Португалія, Румынія, Италія и Республика С. Марино отмѣнили у себя смертную казнь и вездѣ получились благопріятные результаты. Во Франціи число казней ежедневно убываетъ: въ первую четверть столѣтія подвергалось казни въ среднемъ 120 человѣкъ въ годъ, во 2-ю четверть только 40 челов. въ годъ, съ 1850 по 1860—28 челов. въ годъ; а съ 1860 по 1871—10 человѣкъ въ годъ. Въ Мичиганѣ уже 40 лѣтъ, какъ отмѣнена смертная казнь, и по свидѣтельству завѣдующаго государственной тюрьмой, штатъ этотъ почти единственный во всемъ союзѣ, гдѣ замѣтно пониженіе преступности. Въ Соединенныхъ Штатахъ ежегодно обвиняется въ убійствѣ около 2.500 человѣкъ, изъ коихъ до 100 человѣкъ въ годъ подвергаются казни; въ штатѣ Мэнъ смертная казнь отмѣнена въ 1887 году и за 3 слѣдующіе года лишь 3 человѣка были обвинены въ высшей степени убійства, между тѣмъ какъ штатъ Миннезота съ населеніемъ вдвое большимъ, чѣмъ въ штатѣ Мэнъ, менѣе нежели въ 3 года было 7 казней. Оба эти штата то отмѣняли, то возстановляли смертную казнь. Въ 1852 году отмѣнена смертная казнь въ Родъ-Айландѣ, и во всѣ 39 лѣтъ число обвинявшихся въ высшей степени убійства равнялось 34, хотя съ 1860 по 1870 населеніе увеличилось на

75%, число же убійствъ равнялось 7 противъ 9 за предъидущее десятилѣтіе. Въ штатѣ Висконсинъ въ 1853 году смертная казнь замѣнена пожизненнымъ тюремнымъ заключеніемъ и результаты аналогичны тѣмъ, какіе мы видѣли въ штатахъ Мэнъ и Родъ-Айландѣ. Въ Мичиганѣ въ первые 13 лѣтъ съ отмѣны смертной казни было 37 случаевъ высшей степени убійства; въ слѣдующіе 13 лѣтъ ихъ было всего 31, хотя населеніе штата болѣе чѣмъ удвоилось [1]).

Въ 1787 году императоръ Іосифъ II торжественнымъ законодательнымъ актомъ отмѣнилъ смертную казнь въ Австріи. Возстановляя ее въ 1795 году для государственныхъ преступленій, а въ 1803 г. и для преступленій общихъ, императоръ Францискъ II въ предисловіи къ своему декрету говоритъ, что къ возстановленію смертной казни понудило его не возрастаніе преступленій, а положеніе дѣлъ въ сосѣднихъ государствахъ и примѣръ другихъ законодательствъ. Въ 1848 году въ Германіи отмѣнена была смертная казнь и вскорѣ опять возстановлена вездѣ, исключая Ольденбурга, Нассау и Ангальта; съ 1848 по 1875 годъ статистика показываетъ, что ни одно изъ преступленій, прежде наказывавшихся смертной казнью, не возросло. Тоже замѣчается и въ Вюртембергѣ, гдѣ казнь фактически была пріостановлена въ періодъ

[1]) Palm, p. 135—137.

съ 1870 по 1877 годъ и это не вызвало возростанія числа преступленій. Однородное съ этимъ сказалось и въ Саксоніи. Въ 1830 году была уничтожена смертная казнь въ Бельгіи, а въ 1834 г. возстановлена вновь, причемъ преступленія возрасли; но въ 1863 году казнь была пріостановлена фактически и сравнивая 17-лѣтній періодъ съ 1847 по 1863 годъ, когда существовала смертная казнь, со слѣдующимъ 17-лѣтнимъ періодомъ фактической отмѣны ея--съ 1864 по 1880 г., оказывается, что преступленія подлежавшія смертной казни, по отчету бельгійскаго министра юстиціи, уменьшились почти на одну треть [1]).

Что же говорятъ, однако, эти статистическія данныя, которыя мы находимъ у Гольцендорфа, Пальма, Ребауди? Можно-ли на основаніи ихъ сказать, что именно съ отмѣной смертной казни дѣйствительно уменьшается число преступленій? Въ Бельгіи, благопріятные результаты криминальной статистики которой мы привели выше, казалось бы должно сложиться убѣжденіе въ благотворности отмѣны смертной казни, министръ же юстиціи ограничился заявленіемъ въ 1866 году, что примѣненіе или непримѣненіе казни не оказываетъ замѣтнаго вліянія на преступность [2]). Съ своей стороны Гольцендорфъ говоритъ, что нельзя довѣрять

---

[1]) *Rebaudi*, La pena di morte, p. 72—73.

[2]) Ibid, p. 73.

выводамъ изъ короткихъ промежутковъ. Чтобы дѣлать правильные выводы изъ криминальной статистики нужно по его мнѣнію предварительно исключить всѣ тѣ обстоятельства, которыя помимо строгости наказанія могли вліять на уменьшеніе или увеличеніе преступности. Отбросивъ эти обстоятельства можно сказать, что при равной вѣроятности быть наказаннымъ, большая или меньшая строгость наказанія не вліяетъ на число преступленій; утверждать же положительно, что съ отмѣной смертной казни уменьшается преступность, нельзя потому, что и при господствѣ смертной казни бываютъ значительныя колебанія въ числѣ преступленій, подлежащихъ этому наказанію. Такъ, въ Англіи съ 1835 по 1839 г. число приговоровъ колебалось между 24, 20, 11, 25 и 11 въ годъ, а съ 1853 по 1857 г. между 17, 11, 11, 31 и 20. Если бы въ 1855 году была бы отмѣнена смертная казнь, то въ Англіи несомнѣнно сказали бы, что именно отмѣна казни вызвала увеличеніе числа убійствъ, подлежащихъ смертной казни, съ 11 до 31. Подобныя колебанія существуютъ и въ промежуткѣ съ 1868 по 1872 г., выражающіяся въ цифрахъ 21, 18, 15, 13 и 30 въ годъ [1]).

Эти колебанія весьма красновѣчиво говорятъ, какую цѣну можно придавать тѣмъ статистическимъ

---

[1]) Holtzendorff, s. 142

даннымъ, которыя мы привели выше относительно различныхъ государствъ. Дѣйствительно, условія общественной жизни, вызывающія преступленія, такъ сложны, въ нихъ переплетаются такія неуловимыя нити нравственныхъ, бытовыхъ, религіозныхъ и матеріальныхъ факторовъ, что привести ихъ всѣ къ одному знаменателю и выразить въ статистическихъ цыфрахъ, какъ это пытаются дѣлать нѣкоторые криминалисты, буквально невозможно; приводимыя же цифры говорятъ лишь одно, что въ такое-то время, въ такой-то странѣ было столько-то убійствъ, столько-то казней, но почему именно столько, а не больше или меньше, этого они сказать не въ силахъ; а потому правы тѣ, кто, какъ Гольцендорфъ, не придаютъ имъ рѣшающаго значенія.

VI.

Вредное вліяніе смертной казни на общество и значеніе замѣны ея пожизненнымъ лишеньемъ свободы.

Сравнительно недавно перестали смотрѣть на актъ смертной казни, какъ на благодѣтельное зрѣлище для народа. Раньше считали безусловно необходимымъ устраивать цѣлыя представленія, гдѣ казнимый служилъ бы «всѣмъ для примѣра и

многимъ для предостереженія». Для совершенія казни выбирали обыкновенно самыя видныя мѣста и, чтобы рѣзче подчеркнуть связь между преступленіемъ и наказаніемъ, преступника казнили въ томъ мѣстѣ, гдѣ было совершено преступленіе. Старыя процессіи этого рода совершались съ большой торжественностью. Школьная молодежь во главѣ съ учителемъ маршировала къ мѣсту казни рядомъ съ «бѣднымъ грѣшникомъ», распѣвая псалмы. Въ особенно важныхъ случаяхъ уважаемый проповѣдникъ произносилъ проповѣдь передъ толпой, потомъ эту проповѣдь печатали на казенный счетъ и распространяли въ народѣ [1]).

Какъ и всякое зрѣлище, публичная смертная казнь имѣетъ безъ сомнѣнія чрезвычайно сильное вліяніе на окружающую толпу и сила, а также характеръ впечатлѣнія, всецѣло зависитъ отъ того, какъ ведетъ себя осужденный. Между тѣмъ осужденные представляютъ чрезвычайное разнообразіе характеровъ, что и отражается на совершенно различномъ отношеніи ихъ къ предстоящей смерти на эшафотѣ, начиная отъ трусливаго отчаянія до героическаго презрѣнія къ жизни. Люди компетентные, изучавшіе близко разнообразные типы осужденныхъ, свидѣтельствуютъ въ одинъ голосъ по словамъ Лепельтье, что большинство преступниковъ почти всегда, подобно добродѣтельнымъ людямъ и

---

[1]) *Holtzend.*, s. 104.

героямъ, презираютъ смерть [1]); преступники вообще мало размышляютъ о томъ, что ихъ ждетъ; въ презрѣніи къ смерти заключается по ихъ мнѣнію сила духа и это презрѣніе вызываетъ къ нимъ почтеніе ихъ собратьевъ. Эту же силу неустрашимости они стараются проявлять и на судѣ и на эшафотѣ. Такъ, на слова утѣшенія обращенныя Лавингстономъ (извѣстный американскій законодатель) къ одному изъ осужденныхъ къ смертной казни, тотъ отвѣчалъ: «нѣтъ игрока, который не проигрывалъ-бы хоть одной партіи»; и это обычное отношеніе преступниковъ къ послѣднему акту своей жизни. Капеланъ ньюгетской тюрьмы въ Англіи, близко наблюдавшій нравы преступниковъ, говоритъ, что товарищи, встрѣчая осужденнаго по выслушаніи имъ приговора, обращались къ нему съ вопросомъ—«ты проигралъ свою партію?» Хладнокровіе этихъ людей такъ велико, что пока одного ведутъ на казнь, другіе, которыхъ ждетъ таже участь, продолжаютъ играть въ карты или шутятъ. Одинъ осужденный въ Нью-Іоркѣ даже самъ провелъ всю ночь наканунѣ казни, играя въ карты. Thurtill, большой боксеръ, за нѣсколько часовъ передъ казнью, узналъ случайно о борьбѣ двухъ извѣстныхъ боксеровъ и заинтересовался ея исходомъ; когда ему сообщили, что побѣдилъ такой-то, онъ воскликнулъ: я очень радъ, это мой хорошій другъ, да

[1]) Rebaudi, p. 33—34.

благословитъ его Богъ!—Нѣкто Gari, осужденный въ Италіи за убійство къ вѣчному заключенію, холодно и съ презрѣніемъ выслушалъ свой приговоръ, а ночью повѣсился.—Vall, идя на казнь, пѣлъ: «не вѣрю, что смерть худшее изъ золъ». Палачъ Pontini говорилъ проф. Ломброзо, что почти всѣ казненные имъ убійцы шутя шли на казнь. Многіе, попавъ на галеры, совершаютъ тамъ убійства, чтобы быть казненными. Такъ, Gery, совершившій убійство на галерахъ, воскликнулъ на эшафотѣ: «привѣтствую тебя день свободы; друзья, я счастливѣе васъ». Нѣкій Petit въ Брестѣ, также осужденный за убійство на галерахъ, при чтени приговора заявилъ секретарю: «не читайте, я знаю что тамъ; я негодяй и заслуживаю смерть; въ Тулонѣ я видѣлъ казнь товарища по цѣпи, казненнаго за преступленіе совершонное мною, я не покаялся, теперь я усталъ жить и желаю смерти». Къ этимъ характернымъ фактамъ, заимствованнымъ нами изъ цѣлаго ряда другихъ, приводимыхъ Ребауди, мы прибавимъ еще нѣсколько, которые указываютъ, что презрѣніе къ смерти доходитъ у преступниковъ до такой степени, что осужденные, чувствуя отвращеніе влачить позорное существованіе на каторгѣ, не только часто отказываются просить помилованія, но даже отвергаютъ его, если оно имъ дано; такъ, въ 1759 году въ Англіи король замѣнилъ 23 преступникамъ смерт-

ную казнь вѣчной каторгой, шестеро изъ нихъ отказались принять помилованіе. Подобные же примѣры встрѣчаются въ Соединенныхъ Штатахъ Америки, въ Пруссіи, Швеціи. Въ Провансѣ одинъ приговоренный къ 20-ти годамъ каторги просилъ замѣнить это наказаніе смертной казнью, «каторга тяготитъ меня», говорилъ онъ. Pranzini во Франціи, услыхавъ смертный приговоръ, воскликнулъ: «слава Богу, для меня большее счастье идти на смерть, чѣмъ получить милость, которая послала бы меня на каторгу». Keiter отказался отъ милости и пошелъ на эшафотъ. Въ 1867 году въ Парижѣ казненъ былъ Lemaire за убійство невѣсты отца; «осудите меня на смерть, говорилъ онъ судьямъ, я не хочу цѣпей каторжника..... не возстановляйте варварства вѣковъ минувшихъ, не заставляйте меня умирать медленной смертью». Судьи удовлетворили его желаніе и онъ съ твердостью умеръ на эшафотѣ [1]).

Но не всѣ преступники, конечно, проявляютъ такое презрѣніе къ смерти. Гольцендорфъ дѣлитъ ихъ по манерѣ держать себя на эшафотѣ на нѣсколько группъ. Къ первой группѣ онъ относитъ равнодушныхъ и какъ бы отупѣвшихъ; безъ всякаго внутренняго волненія, говоритъ Гольцендорфъ, тихо и молчаливо, повидимому безучастно, даютъ они вести себя на эшафотъ и убивать какъ живот-

[1]) *Rebaudi*, p. 41—43.

ныхъ на бойнѣ. Ко второй категоріи относитъ онъ людей по характеру прямо противоположныхъ первымъ—людей охваченныхъ ужасомъ смерти и безсильныхъ совладать своими нервами: ихъ обыкновенно тащитъ палачъ силой на эшафотъ и казнитъ, когда жертва уже въ безсознательномъ состояніи; къ этой категоріи относятся преимущественно женщины. Третья категорія преступниковъ умираетъ съ достоинствомъ, отважно и спокойно, къ нимъ Гольцендорфъ причисляетъ преимущественно преступниковъ политическихъ и убійцъ, охваченныхъ истиннымъ раскаяніемъ, и въ смерти своей видящихъ искупленіе. Къ четвертой категоріи онъ относитъ преступниковъ, увѣряющихъ народъ съ эшафота въ своей невинности и этимъ по его мнѣнію серьезно подрывающихъ уваженіе къ закону, такъ-какъ толпа скорѣе вѣритъ умирающему, чѣмъ непреложности закона, представители котораго подвержены ошибкамъ. Въ виду этого въ Англіи, по произнесеніи смертнаго приговора, тюремный священникъ начинаетъ обыкновенно склонять осужденнаго не только къ раскаянію, но и къ формальному признанію преступленія и это дѣлается ради требованія уголовной политики, чтобъ поддержать авторитетъ уголовнаго правосудія [1]. Наконецъ къ пятой категоріи относятся преступники, которые ведутъ себя на эшафотѣ фривольно, цинично и

[1] Holtzend, s. 104—105.

шутками своими возмущаютъ даже палача. Гольцендорфъ и Миттермайеръ были свидѣтелями двухъ случаевъ, когда осужденные танцовали канканъ на эшафотѣ.

Не трудно представить себѣ, какое впечатлѣніе должны производить на зрителей преступники каждой изъ перечисленныхъ нами категорій. Умирающій съ полнымъ равнодушіемъ или отупѣніемъ вызываетъ неопредѣленное чувство неудовлетворенности, а цинизмъ умирающаго заставляетъ смѣяться надъ закономъ и толпу; умирающіе отважно и съ достоинствомъ возбуждаютъ въ толпѣ уваженіе къ себѣ и желаніе уподобиться имъ; тѣ же, которые увѣряютъ въ своей невинности, а равно и тѣ, которые изъ страха смерти борятся съ палачемъ, вызываютъ въ зрителяхъ сомнѣніе въ справедливости суда и состраданіе къ безоружнымъ и слабымъ, которыхъ почти въ обморочномъ состояніи влекутъ на эшафотъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ больше всего страдаютъ, конечно, казнимые, но не менѣе того и само правосудіе, которое отрицаетъ казнимый смертью своей, подрывая его престижъ въ глазахъ толпы.

Въ силу этого обстоятельства, а также и того, что смертная казнь по наблюденіямъ многихъ, дѣйствуя на воображеніе присутствующихъ, вызываетъ подражательность, выражающуюся или въ убійствахъ, или въ самоубійствахъ, слѣдующихъ

за казнью, многія правительства, не рѣшаясь отмѣнить совсѣмъ смертную казнь, прибѣгаютъ къ уничтоженію публичности ея и начинаютъ совершать казни въ застѣнкахъ, вдали отъ взоровъ народа, въ присутствіи лишь нѣсколькихъ оффиціальныхъ представителей.

Инициатива казни въ застѣнкахъ принадлежитъ С. А. С. Штатамъ—государству наиболѣе откровенно матеріалистическому; примѣру этому прежде всего послѣдовала страна протестантизма—Германія, а затѣмъ послѣ большого сопротивленія эта мѣра была введена въ 1868 г. и въ Англіи, уголовная практика которой до послѣдняго времени предоставляла осужденнымъ послѣднее слово не только на судѣ, но и на эшафотѣ. Католическія государства не рѣшались послѣдовать этому примѣру; Франція высказалась противъ и держится того мнѣнія, что публичность существенное требованіе уголовнаго правосудія, но и тамъ принимаютъ нѣкоторыя мѣры противъ широкаго разглашенія газетами дня казни, чтобы не скоплять большой толпы. Подробныя описанія газетами казни въ застѣнкахъ и внимательное чтеніе публики этого нерѣдко художественнаго воспроизведенія драмы казни, даетъ еще болѣе горькіе результаты въ смыслѣ возбужденія къ подражательности, нежели лицезрѣніе самой казни. Гольцендорфъ, Ребауди, Пальмъ и другіе приводятъ потрясающія сцены

казни, которыхъ не выносятъ даже сами палачи, устающіе исполнять свое ремесло, сцены могущія потрясти, слѣдовательно, не одно больное воображеніе; но мы воздерживаемся воспроизводить здѣсь эти ужасныя картины.

Гольцендорфъ, видя въ публичности казни съ одной стороны опасность потрясенія авторитета закона, съ другой—вредное вліяніе на толпу, какъ самаго зрѣлища, такъ и чтенія описанія его въ газетахъ, находитъ необходимымъ во имя огражденія силы закона и въ виду вреднаго дѣйствія на толпу, замѣнить смертную казнь пожизненнымъ заключеніемъ, такъ какъ въ этомъ случаѣ «участь заключеннаго не имѣетъ уже въ себѣ ничего романтичнаго» [1]).

Итакъ, никто не увѣренъ уже въ спасительности смертной казни, какъ воспитательнаго средства для народа, нервы всѣхъ возмущены жестокими сценами на эшафотѣ, никто не хочетъ слышать о нихъ или даже позволять читать въ газетахъ. Но что же дѣлать тѣмъ не менѣе, если европейскія государства даже послѣ неоднократныхъ отмѣнъ, иногда опять вводятъ смертную казнь? Нѣкоторые криминалисты говорятъ на это, что если смертная казнь необходима, то, по крайней мѣрѣ казните непублично и воспретите воспроизводить ужасы казни въ газетахъ; если, наконецъ,

---

[1]) Holtzend, s. 119.

и это невозможно, если это будетъ сочтено нарушеніемъ какой-то обязательной публичности правосудія, замѣните казнь пожизненнымъ заключеніемъ, этой идеальной формой безкровной медленной смерти, когда-то практиковавшейся въ видѣ окапыванія землей или закладыванія въ стѣны. Гольцендорфъ, сходясь съ вышеприведенными мнѣніями самихъ преступниковъ, спѣшитъ увѣрить представителей закона, что пожизненное заключеніе—та же казнь, но безмолвная, тихая и главное не романтичная, которая не позволяетъ преступнику умереть съ достоинствомъ передъ лицомъ народа, передъ тѣмъ обществомъ, во имя интересовъ котораго отнимаютъ его жизнь. Гольцендорфъ какъ бы самъ не вѣритъ гуманности предлагаемыхъ имъ мѣръ и спрашиваетъ: «является-ли аболиціонистское движеніе послѣдняго 50-ти лѣтія проявленіемъ разслабленной сантиментальности или же оно опирается на силу той мысли, почему бы не измѣнить наказаніе за убійство, когда всѣ безъ исключенія другія преступленія наказываются легче» [1]).

Вотъ вопросъ, надъ которымъ слѣдуетъ поразмыслить всякому, кто только искренно желаетъ отнестись справедливо къ судьбѣ тѣхъ, кого ждетъ эшафотъ или погребеніе заживо.

Разсмотримъ же теперь какія побудительныя

[1]) *Holtzend.*, s. 231.

причины вызвали и продолжают вызывать движенія противъ смертной казни, къ чему оно пришло и къ чему стремится въ будущемъ. Первый протестъ противъ смертной казни зародился на западѣ въ нѣдрахъ старо-католической церкви, положившей въ основу своего первоначальнаго положительнаго права извѣстный принципъ ecclesia abhorret sanguinem; принципъ этотъ, потускнѣвшій въ эпоху борьбы съ ересью, не заглохъ окончательно; его горячо защищали вальденцы въ XIII вѣкѣ, послѣдователи Социна въ XV вѣкѣ, а также англійскіе сектанты XVII вѣка [1]). Но эта темная пора европейской исторіи, пора созидавшагося господства свѣтской власти, не благопріятствовала разцвѣту гуманности; лишь въ половинѣ прошлаго вѣка, болѣе чуткіе люди эпохи, возмущенные непомѣрными жестокостями пытокъ и казней старой системы государственнаго правосудія XVI и XVII вѣковъ, дали вновь сильный толчокъ движенію противъ смертной казни. Въ это время даже въ Россіи начинаетъ встрѣчаться оговорка въ судебныхъ приговорахъ, чтобы «до сожженія, четвертованія и закапыванія предварительно лишать жизни». Такъ, Пугачовъ былъ лишонъ жизни до четвертованія [2]). Но на ряду съ этимъ непосредственнымъ чувствомъ гуманности, возставшимъ противъ

---

[1]) *Фойницкій.* Учен. о наказ. стр. 45.

[2]) *Кистяковскій*, См. казнь с. 263.

жестокостей пытокъ и казней во имя защиты правъ человѣка въ лицѣ осужденнаго, движенію противъ смертной казни содѣйствовали и другія причины и соображенія совершенно иного характера, нашедшія выраженіе въ нарождавшемся въ то время въ Европѣ—утилитарномъ духѣ времени, которому не могли не отдать нѣкоторую дань и люди перваго типа. Все, не исключая жизни и смерти, преступленія и наказанія, начали разсматривать, какъ это многіе продолжаютъ дѣлать и теперь, съ точки зрѣнія матеріальной государственной или общественной пользы. Такъ, Кольберъ предлагалъ всѣмъ уголовнымъ судамъ Франціи приговаривать преступниковъ вмѣсто смертной казни къ ссылкѣ на галеры, гдѣ они могли съ пользой работать на государство. Та-же утилитарная точка зрѣнія въ отношеніи уголовнаго правосудія начинаетъ проявляться и въ Россіи, начиная съ Петра Великаго, въ указахъ 1703—1705 годовъ. «Положительно можно сказать, говоритъ проф. Кистяковскій, что полное уничтоженіе смертной казни въ Россіи надо приписать колонизаціи Сибири» [1]). Гольцендорфъ также отмѣчаетъ совпаденіе уменьшенія смертной казни въ Англіи съ стремленіемъ заселить новыя колоніи въ Австраліи. Разсматривая отмѣну смертной казни со стороны утилитарной, проф. Фойницкій го-

[1]) *Кистяковскій*, См. к., 192—193.

ворить: «если принять въ расчетъ человѣческую жизнь, которая представляетъ въ высшей степени важную экономическую цѣнность, при томъ цѣнность болѣе и болѣе возвышающуюся, то окажется, что смертная казнь есть крайне невыгодное въ экономическомъ отношеніи дорогое наказаніе» [1]. Несомнѣнно, подтверждаетъ ту-же мысль Гольцендорфъ, что съ развитіемъ культуры правовая и потребительная цѣнность жизни значительно возрасла; minimum цѣнности она имѣла въ періодъ господства религіозной идеи, отрицавшей совсѣмъ значеніе земного существованія. Все сводилось тогда къ искупленію и пріуготовленію себя путемъ раскаянія къ загробному міру. Гольцендорфъ называетъ это субъективно-религіознымъ обезцѣненіемъ жизни. Нынѣ цѣнность жизни возрастаетъ по всѣмъ направленіямъ; это единственное въ своемъ родѣ изъ сокровищъ человѣка и если самоубійство теперь чаще, то это означаетъ лишь, что обезцѣненную жизнь нынѣ тяжелѣе выносить, чѣмъ раньше [2]. Въ другомъ мѣстѣ, однако, тотъ же Гольцендорфъ колеблется признать ли цѣну жизни повысившейся или нѣтъ, такъ какъ противники смертной казни могутъ замѣтить на это, что чѣмъ цѣннѣе жизнь, тѣмъ строже она должна быть охра-

---

[1]) *Фойницкій*, Уч. о нак., 152.
[2]) Holtzend., 227—228.

няема и тѣмъ суровѣе слѣдовательно надо карать за убійства.

Дѣло въ томъ, что о повышеніи цѣнности жизни съ государственной точки зрѣнія можно говорить лишь условно; государство не то чтобы вообще высоко цѣнило жизнь, а просто считаетъ не всегда разсчетливымъ за уничтоженіе одной жизни уничтожать другую, принципъ же fiat justicia pereat mundus давно сданъ въ архивъ въ современномъ государственномъ обиходѣ.

Цитаты вышеприведенныхъ авторовъ, за исключеніемъ Пальма, Бернера и Ребауди, а также мнѣнія многихъ другихъ противниковъ смертной казни показываютъ ясно, что большинство современныхъ криминалистовъ предлагаютъ отмѣну смертной казни скорѣе въ видахъ матеріальной пользы общества, нежели въ интересахъ защиты правъ человѣка въ лицѣ преступника и даже пострадавшаго; состраданіе и христіанское милосердіе также мало руководитъ ими, иначе они не предлагали бы взамѣнъ смертной казни создать пожизненную каторгу, чтобы дать тѣмъ возможность государству извлекать изъ преступника, какъ изъ рабочаго скота, извѣстную матеріальную пользу. Нѣтъ сомнѣнія, что смертная казнь приноситъ гораздо больше вреда, чѣмъ пользы государству, она, какъ мы уже выяснили, не только развращающимъ образомъ вліяетъ на толпу, но и подрываетъ автори-

тетъ закона; уничтоженіе же публичности казни не улучшаетъ съ своей стороны положенія дѣла; напротивъ, въ народѣ, всегда богатомъ фантазіей и воображеніемъ, застѣночная казнь будетъ рисоваться въ сто кратъ мрачнѣе, нежели она есть въ дѣйствительности и, рано или поздно, онъ выразитъ свой протестъ. Предлагать же пожизненное или многолѣтнее заключеніе взамѣнъ смертной казни такъ же лицемѣрно, какъ и совершать смертную казнь въ застѣнкахъ.

Что такое въ самомъ дѣлѣ пожизненное тюремное заключеніе, какъ не самая ужасная изъ формъ рабства, какую когда либо знавало человѣчество? Тюремщикъ, этотъ безконтрольный господинъ каторжника, лишеннаго гражданскихъ правъ и чести, а слѣдов., и всякаго средства защитить свою личность, не связанъ съ заключеннымъ даже тѣми узами хозяйственнаго интереса, которымъ связанъ хозяинъ со своимъ рабомъ или вьючнымъ животнымъ, узами, превращающимися часто въ своеобразное чувство доброжелательства и даже любви. Нѣтъ, тюремщикъ, самъ слуга государства и зависимый человѣкъ, поставленъ въ положеніе неизбѣжной безпрерывной, глухой войны съ каторжникомъ, отъ котораго онъ обязанъ требовать самаго точнаго исполненія тюремной дисциплины, въ большинствѣ случаевъ игнорирующей, какъ показалъ опытъ, самыя элементарныя свойства живой

нравственной природы человѣка. Между тѣмъ, малѣйшая забывчивость, малѣйшее нарушеніе этой дисциплины со стороны каторжника влечетъ отвѣтственность тюремщика, если тотъ движимый человѣческимъ чувствомъ состраданія, проститъ ему это нарушеніе, какъ простилъ бы хозяинъ рабу. Мы не говоримъ уже о томъ, что сама роль тюремщика для человѣка съ сердцемъ такъ тяжела, что въ эту должность идутъ обыкновенно люди ограниченные, грубые и жестокіе, если не считать рѣдкихъ случаевъ подвижничества, когда увлеченные благородной задачей внести свѣтъ добра въ этотъ кромѣшный земной адъ, роль тюремщиковъ иногда брали на себя люди изъ хорошаго общества, смотрѣвшіе на свою службу не какъ на ремесло. Итакъ, кромѣ тягостной дисциплины, сколько грубой злобы, неправды и насилія ждутъ каторжника съ первыхъ же шаговъ его въ этомъ рабствѣ, насилія и неправды, порождаемой самими условіями тяжелаго ремесла тюремщика и какъ блѣднѣетъ передъ этой неправдой физическая тягость кандаловъ, которыми обременены его члены, какъ тускнѣетъ въ его совѣсти ужасъ передъ имъ самимъ когда-то совершоннымъ преступленімъ! Можно ли при такихъ условіяхъ искренне говорить о задачахъ исправленія? Нѣтъ, эти задачи только усугубляютъ и безъ того тяжкое положеніе раба и служатъ лишь оправданіемъ всевозможнымъ эк-

спериментамъ надъ его беззащитной личностью. Вотъ почему замѣнить смертную казнь пожизненнымъ или хотя бы многолѣтнимъ тюремнымъ заключеніемъ не значитъ спасти жизнь преступнику, а лишь обречь его на длительную, тяжелую агонію, которая завершается не рѣдко той же кровавой казнью, правда уже безъ обычныхъ судебныхъ формальностей, безъ обычной торжественности, а въ тиши каторжнаго каземата, въ присутствіи лишь одной тюремной стражи. Но и для самаго государства и общества, въ лицѣ тюремной стражи, замѣна смертной казни вѣчнымъ рабствомъ чревата тѣми же растлѣвающими послѣдствіями, какія даетъ смертная казнь; что такое тюремная стража, какъ не тотъ же народъ; цѣлые крѣпостные гарнизоны, цѣлые батальоны мѣстныхъ и этапныхъ командъ караулятъ сотни тысячъ несчастныхъ невольниковъ и неужели же эта масса солдатъ и тюремщиковъ гарантирована отъ нравственнаго растлѣнія зрѣлищемъ этого рабства; эти солдаты и эти тюремщики вѣдь часть того же народа, не только могущаго растлѣваться, но и способнаго страдать при видѣ мученій людей, всю жизнь обреченныхъ влачить безправное существованіе животнаго. Ужели только кровь, пролитая публично можетъ вызывать ужасъ; народъ здоровый нервами всегда напротивъ легче выноситъ видъ крови, нежели медленную пытку; въ этомъ чувствѣ съ нимъ

сойдется и человѣкъ просвѣщенный, который охотнѣе предпочтетъ для себя сложить голову на плахѣ, нежели влачить всю жизнь это рабство, если только онъ ясно представитъ себѣ, что ждетъ его въ каторжной тюрьмѣ, а если онъ добръ, если онъ — христіанинъ, онъ пожелаетъ того же и преступнику. Кто когда нибудь видѣлъ хоть одну изъ каторжныхъ тюремъ во всей ея будничной правдѣ, а не въ праздничномъ парадѣ въ честь какого нибудь иностраннаго посѣтителя или высшаго начальства, тотъ видѣлъ страданія, быть можетъ, не уступающія тѣмъ, которыя потрясаютъ очевидцевъ смертной казни. По истинѣ ужасная вещь жить въ неволѣ всю свою жизнь, быть можетъ нѣсколько десятковъ лѣтъ! И чѣмъ болѣе естественную и нравственно здоровую жизнь ведетъ народъ, чѣмъ ближе стоитъ онъ къ природѣ, тѣмъ ужаснѣе для него многолѣтнее тюремное заключеніе; недаромъ же большая часть преступниковъ, предпочитающихъ умереть, нежели идти на каторгу, принадлежатъ къ уроженцамъ юга и странамъ земледѣльческимъ. Привычка не только къ обстановкѣ былой свободной жизни, но и къ родинѣ, бываетъ у нихъ такъ сильна, что иногда они предпочитаютъ смерть разлукѣ съ родиной. Впрочемъ, чувство это еще недавно было знакомо и большинству европейскихъ народовъ; 60 лѣтъ тому назадъ, говоритъ Гольцендорфъ, ссылка въ

Австралію устрашала въ Ирландіи даже тѣхъ, которые сочли бы за честь быть повѣшенными [1]). Вообще было время, когда лишеніе свободы переносилось, по его мнѣнію, труднѣе, чѣмъ лишеніе жизни. Нѣкоторые народы и теперь боятся потери свободы больше, чѣмъ потери жизни; обитатели Цейлона предпочитаютъ смерть заключенію; нѣкоторые, изучавшіе бытъ народовъ Ост-Индіи, разсказываютъ, что преступники съ замѣчательнымъ равнодушіемъ и спокойствіемъ встрѣчаютъ смерть. Этимъ обстоятельствомъ воспользовалась Англія и такъ-какъ многіе индійцы равнодушны къ смерти, то ссылка на Адамовы острова получила особое значеніе въ рукахъ индійскаго правительства [2]), какъ тягчайшая карательная мѣра. Этотъ случайный, но характерный штрихъ, свидѣтельствуетъ достаточно, каковы истинныя побудительныя причины современнаго утилитарнаго движенія отмѣны смертной казни; оно носитъ въ себѣ весьма мало слѣдовъ христіанскаго чувства милосердія, весьма мало защищаетъ право человѣка въ лицѣ осужденнаго и вообще далеко свернуло съ тропы проложенной Беккаріа. Тардъ весьма мѣтко замѣчаетъ по этому поводу: «общество безстрастное, которое безъ чувства волненія и ненависти поражаетъ врага, которое не знаетъ ни мести, ни проще-

---

1) Holtzendorf, s. 224.

2) Holtzend., s. 224, not. 91.

нія,—таковъ вѣдь идеалъ утилитаристовъ, но онъ неосуществимъ — общество, воспитанное на ихъ ладъ, будетъ все таки мстить и даже прощать; но месть его будетъ лишена отваги, а прощеніе доброты. Страхъ передъ зломъ, почтеніе и удивленіе къ злу—все это трусливо и нашему вѣку, подобно предшествовавшимъ, все это хорошо знакомо; ему остается не познать, а развить другое чувство, которое несомнѣнно безопаснѣе, но благороднѣе, это—состраданіе къ злу» [1]). По счастью, къ этому начинаетъ уже склоняться современное настроеніе западно-европейскаго общества, какъ свидѣтельствуетъ Проаль: «вѣрованія религіознаго характера, говоритъ онъ, начинаютъ завоевывать почву въ просвѣщенныхъ умахъ; дѣлаются большія усилія, чтобъ попытать уяснить народу, что не христіанство, а атеизмъ его истинный врагъ и что свобода, равенство и братство гораздо лучше обезпечивается исповѣданіемъ Евангелія, нежели скептицизмомъ и матеріализмомъ; признаки нравственнаго пробужденія уже сказываются» [2]).

Къ чему же привело въ концѣ концовъ аболиціонистское движеніе утилитаристовъ послѣдняго пятидесятилѣтія? Пока только къ тому, что число преступленій, подлежавшихъ смертной казни, крайне ограничено почти во всѣхъ государствахъ, гдѣ

---

[1]) *Tarde*, Philos. pén. p. 554.

[2]) *Proal*, La criminalité politique, p. 289.

только еще не совсѣмъ отмѣнена смертная казнь. Но эта законодательная отмѣна не препятствуетъ возстановленію смертной казни, разъ въ основѣ права наказанія будетъ лежать принципъ необходимости и пользы, сводящейся въ концѣ-концовъ къ мести; но кто высшую пользу государства и общества видитъ не въ искусственномъ и насильственномъ поддержаніи авторитета мстительнаго закона, а въ согласованіи его съ правовымъ чувствомъ народа, отказавшагося мстить за свои обиды и не могущаго уже уважать законы мщенія, — тотъ признаетъ, что для прочной обосновки современнаго уголовнаго законодательства нужно найти другой, болѣе устойчивый принципъ, чѣмъ принципъ пользы. Если же, желая сохранить престижъ мстительнаго закона, европейскія государства пытаются осуществлять въ застѣнкахъ важнѣйшій актъ правосудія въ дѣйствіи, укрывая его отъ взоровъ толпы, какъ предшественники ихъ укрывали актъ судопроизводства, то кто поручится, не выродится ли это въ такія же чудовищныя формы, какъ инквизиціонный процессъ стараго времени, введенный въ началѣ ради не менѣе благихъ цѣлей огражденія свидѣтелей отъ мести родственниковъ и друзей правонарушителя, мести препятствовавшей неуклонности правосудія. Кто поручится, наконецъ, что казнь въ застѣнкахъ не послужитъ еще къ большему растлѣнію нравовъ толпы, прі-

учивъ ее терпимо смотрѣть на замаскированную месть, месть лишонную отваги и откровенности и не научитъ ли это народъ раздѣлываться тѣмъ же способомъ съ своими личными врагами! Европейскія государства, такъ озабоченно ищущіе въ наказаніи назиданія и примѣра, упускаютъ изъ виду, что и самъ образъ дѣйствія государства можетъ служить также примѣромъ и что народъ никогда не признаетъ, чтобы нравственный критерій частнаго лица могъ быть другимъ, чѣмъ критерій тѣхъ, кто облеченъ властью; напротивъ, для власти этотъ критерій долженъ быть строже, чѣмъ для слабой, беззащитной единицы. Это забвеніе основныхъ началъ общественной психологіи часто приводило и приводитъ къ очень печальнымъ результатамъ; если государство на мѣсто права выдвигаетъ впередъ утилитарныя цѣли, то же дѣлаетъ и общество, подражая ему; современное растлѣніе нравовъ, сказавшееся въ цѣломъ рядѣ процессовъ во Франціи и Италіи—процессовъ, гдѣ на ряду съ биржевиками фигурируютъ парламентскіе дѣятели и представители печати, служитъ тому лучшимъ примѣромъ. Другая же часть народа и общества, созерцая эти печальныя явленія и возмущенная ими, вдается въ обратную крайность и, прибѣгая къ разрушительнымъ средствамъ, бросаетъ современному государству и обществу свой протестъ. Не то ли же самое переживалъ и древ-

ній міръ въ эпоху пошатнувшихся вѣрованій и торжества утилитаризма въ частной и общественной жизни? Такъ, секта гностиковъ, возникшая во II вѣкѣ по Р. Х., пораженная царящей въ мірѣ неправдой, усумнилась, можно ли признать нашъ земной міръ твореніемъ Всеблагого Бога и въ результатѣ этого сомнѣнія стала проповѣдывать уничтоженіе человѣческаго рода путемъ убійства и всякаго разрушенія, чтобы скорѣе освободить душу отъ рабскихъ цѣпей тѣла, этого порожденія духа тьмы, источника всякаго позора и зла [1]).

Итакъ, напрасно кичится современная Европа, что она поднялась до высокаго признанія правъ человѣка; нѣтъ, она еще далека отъ такого признанія, иначе въ основу права наказанія она не клала бы утилитарныхъ цѣлей и не забывала бы правъ человѣка не только въ гражданинѣ, но и въ лицѣ осужденнаго преступника, какъ признало въ немъ свободную безсмертную душу ученіе Христа.

VII.

Заключеніе.

Резюмируя все сказанное нами, мы приходимъ къ слѣдующему заключенію.

---

[1]) *Frank*. Philosophie pu droit penal, p. 38—39, 1893.

1. Изъ исторіи развитія наказанія выясняется, что человѣчество во все продолженіе своего существованія видѣло въ наказаніи прежде всего нравственное удовлетвореніе оскорбленному правовому чувству; основу права наказанія оно видѣло въ фактѣ правонарушенія, а носителемъ этого права признавало лишь потерпѣвшаго, который никому не могъ правомѣрно уступить этого въ высшей степени личнаго права, кромѣ какъ естественному, кровному и духовному представителю своему, хранителю верховнаго завѣта божескаго во образѣ живого физическаго правоспособнаго, дѣеспособнаго и нравственно-отвѣтственнаго лица. Преслѣдуя эти нравственныя цѣли въ наказаніи, правосудіе могло быть очень сурово, но все таки оно не приравнивало человѣка къ вещи, не смотрѣло на него съ чисто утилитарной точки зрѣнія; напротивъ, оно стремилось одухотворить даже вещи и какъ въ младенцѣ, такъ и въ неразумномъ животномъ, признавало волю.

2. Сообразуясь съ предъидущимъ положеніемъ и, взвѣшивая основныя начала современнаго европейскаго уголовнаго права, мы находимъ, что не противорѣча самому себѣ, оно не можетъ признать государства правомѣрнымъ субъектомъ карательнаго права, такъ-какъ по природѣ своей государство не можетъ быть естественнымъ носителемъ нравственнаго чувства потерпѣвшаго; какъ лицо юри-

дическое, государство лишено нравственной природы, а потому и не можетъ видѣть въ наказаніи ничего другого, кромѣ способа достиженія своихъ матеріально-утилитарныхъ цѣлей.

3. Но ставя въ основу наказанія утилитарныя цѣли, государство идетъ противъ основной природы наказанія, и, вмѣсто нравственныхъ результатовъ, естественно приходитъ къ результатамъ совершенно противоположнымъ и до такой степени нежелательнымъ, что вынуждено скрывать отъ взоровъ народа важнѣйшій актъ правосудія въ дѣйствіи.

4. Матеріализмъ, какъ естественный продуктъ первенствующей роли государства въ современной жизни, порожденный самой природой государства, какъ юридическаго, нравственно безотвѣтственнаго лица, матеріализмъ въ наукѣ, философіи и жизни, «отнявшій у народа небо и безсильный дать ему землю», — этотъ матеріализмъ превратилъ былое милосердіе здороваго правового чувства въ изнѣженную сантиментальность и охватилъ цивилизованное человѣчество чувствомъ страха крови и смерти. Моментъ этой нравственной разслабленности въ жизни совпалъ съ исчезновеніемъ правомѣрнаго субъекта въ современномъ европейскомъ карательномъ правѣ и это совпаденіе есть лучшій признакъ, вѣрнѣйшій показатель того, что недалеко уже время, когда изъ карательной сис-

темы современнаго европейскаго законодательства будетъ вычеркнута смертная казнь, а равно и всякое другое наказаніе, носящее черты воздѣйствія на личную нравственную природу человѣка.

5. Современное уголовное правосудіе разсматриваетъ преступленіе и наказаніе съ точки зрѣнія нарушенія обязательнаго правила, установленнаго государствомъ для людей среднихъ, правила, истекающаго не изъ безусловнаго принципа нравственнаго закона божескаго, а опирающагося на преходящія основанія закона человѣческаго, разсчитаннаго на средняго человѣка данной эпохи; между тѣмъ исторія учитъ насъ, что далеко не всѣ личности и не всѣ слои общества прогрессируютъ равномѣрно въ общемъ движеніи впередъ: одни отстаютъ отъ этого движенія, другіе опережаютъ его и такимъ образомъ, законъ, писанный по мѣркѣ средняго человѣка, становится нравственно невозможнымъ, какъ для отстающихъ, такъ и для опережающихъ его; это явленіе не временное и случайное, таковъ былъ всегда законъ жизни, такимъ онъ останется и впредь. Между тѣмъ современное среднее правило — современный европейскій законъ — не даетъ того простора развитію правового чувства, какой давала правосудіе прежнихъ вѣковъ, хотя и суровое, но не искавшее неуклонности, увѣренное въ томъ, что то, чего не покараетъ рука человѣческая, покараетъ Богъ.

Вотъ почему современный европейскій законъ безсиленъ уничтожить преступленія, несмотря на всю свою неуклонность.—Что же касается излюбленной современнымъ государствомъ формы наказанія посредствомъ лишенія свободы, о ней съ одинаковымъ правомъ можно повторить слова Мирабо, сказанныя сто лѣтъ тому назадъ: «Я зналъ, какъ и всѣ, что Bicêtre была въ одно и тоже время больницей и тюрьмой; но я не зналъ, что больница плодитъ болѣзни, а тюрьма преступленія».

6. Но что же дѣлать съ людьми не подходящими подъ среднюю мѣрку закона?

Отвѣтить на этотъ вопросъ значитъ предложить что нибудь положительное, т. е. поставитъ себѣ несравненно болѣе трудную задачу, чѣмъ критика существующей карательной системы. Не претендуя заслужить вниманіе законодателей, мы осмѣлимся все таки указать мѣру, болѣе соотвѣтствующую, по нашему мнѣнію, нравственной природѣ преступленія и наказанія; мы это дѣлаемъ лишь съ той цѣлью, чтобы показать, что современный кризисъ въ правѣ не такъ безнадеженъ, какъ это могутъ думать нѣкоторые.

Въ самомъ дѣлѣ, если государство силой вещей вынуждено отказаться преслѣдовать въ наказаніи цѣли нравственныя, если опытъ показываетъ, что цѣли утилитарныя ни въ коемъ случаѣ не ведутъ

къ нравственнымъ результатамъ, а напротивъ грозятъ исказить здоровое нравственное чувство человѣка и колеблятъ самую идею правосудія, создавая нравственный кризисъ въ жизни, то какъ выдти изъ этихъ противорѣчій, чѣмъ поддержать общественный порядокъ, чѣмъ замѣнить смертную казнь и многолѣтнее рабство, приносящія, вмѣсто нравственнаго удовлетворенія и пользы, лишь горькіе плоды нравственнаго растлѣнія самаго преступника и народа? Если нѣкоторые криминалисты считаютъ достойнымъ вниманія предлагать взамѣнъ смертной казни ослѣпленіе преступниковъ или наложеніе на глаза механическаго аппарата, чтобъ смягчить ихъ нравъ, то не проще-ли и не гуманнѣе-ли поискать въ той же глубокой старинѣ, откуда они берутъ и эту чудовищную форму, другой формы, болѣе человѣчной и болѣе цѣлесообразной; отчего, имѣя предъ глазами обычай изгнанія, практиковавшійся, въ древнемъ родовомъ бытѣ, который, не лишая личной свободы, разъ навсегда порывалъ узы общества съ преступникомъ, попиравшимъ его законы и преступника съ обществомъ, средняя мѣрка законовъ котораго не согласовалась съ личной природой преступника, являясь или слишкомъ высокимъ, или слишкомъ низкимъ мѣриломъ для его нравственнаго чувства,— отчего, подражая этому обычаю, но видоизмѣняя его согласно правовой совѣсти христіанскихъ на-

родовъ, отчего не замѣнить всю современную европейскую систему наказаній, христіанскимъ учрежденіемъ международнаго убѣжища, которое, слѣдуя завѣтамъ Христа, давало бы мѣсто у своего очага всѣмъ нравственно недугующимъ и страждущимъ, всѣмъ лишеннымъ покровительства современнаго закона, какъ нѣкогда дѣлала это церковь во имя Бога. Вотъ одна изъ ближайшихъ задачъ, инициіативу которой могъ бы взять на себя Институтъ международнаго права, учрежденный еще въ 1873 году [1]) и выставившій во главѣ статутовъ своихъ, какъ основную цѣль—формулировать общіе принципы науки на почвѣ «правовой совѣсти» цивилизованныхъ народовъ. Такая задача гораздо болѣе согласна съ духомъ международнаго права, основывающагося на началахъ, вытекающихъ изъ *нравственной природы людей* [2]), чѣмъ вопросъ о выдачѣ преступниковъ, которымъ такъ интересуется большинство членовъ этого института, но который не можетъ быть рѣшонъ единодушно въ виду отсутствія единообразія уголовныхъ законовъ въ различныхъ государствахъ. Между тѣмъ, по вѣрному замѣчанію проф. Мартенса, юридическій порядокъ въ каждомъ государствѣ зависитъ въ значительной степени отъ того уваженія, которое находятъ дѣйствующіе въ немъ уголовные законы

---

[1]) Мартенсъ, Современное Междунар. Право, т. I, с. 195.
[2]) Ibid., с. 181.

со стороны другихъ государствъ [1]); законы же эти только тогда получатъ возможность пользоваться всеобщимъ уваженіемъ, когда они будутъ построены на началахъ христіанскаго милосердія, когда мы не будемъ отказывать въ убѣжищѣ нашимъ падшимъ собратьямъ, какъ не отказалъ Христосъ распятому съ Нимъ разбойнику даже въ Царствіи Небесномъ. Мѣстомъ такого убѣжища могъ бы служить какой нибудь островъ далекаго океана, могущій быть признаннымъ международнымъ трактатомъ внѣ сферы присвоенія тѣмъ или другимъ изъ государствъ; однимъ словомъ, пунктъ нейтральный, куда могли-бы удаляться всѣ граждане, лишенные тѣмъ или другимъ изъ цивилизованныхъ государствъ покровительства закона и гдѣ они могли-бы свободно устраивать свою жизнь, группируясь такъ или иначе, сообразно уровню ихъ нравственнаго и соціальнаго развитія. Въ этомъ нѣтъ ничего химеричнаго; напротивъ, если преступники даже въ стѣнахъ тюрьмы умѣютъ устраивать своеобразный общественный порядокъ, безъ котораго никакая власть не могла бы сдержать ихъ, то тѣмъ легче они осуществятъ это тамъ, гдѣ болѣе элементарныя условія жизни, большая близость къ природѣ, наконецъ, большій просторъ не только облегчатъ нравственную тягость борьбы съ жизнью, тягость подчасъ не посильную для нѣкоторыхъ въ

[1]) Мартенсъ, Совр. Междун. Пр., т. I, с. 184.

сложныхъ условіяхъ современнаго государственнаго быта, но будутъ содѣйствовать и свободному нравственному перерожденію личности, этому идеалу христіанскаго правосудія, отъ котораго такъ далеки и пожизненное рабство и смертная казнь. Бояться же наводненія Европы бѣглецами нѣтъ никакихъ основаній, такъ-какъ настоящіе преступники сами избѣгаютъ вообще возвращаться туда, гдѣ они совершили преступленіе и гдѣ они столько страдали и если бѣгутъ иногда изъ ссылки, то лишь потому, что условія жизни тамъ суть сколокъ тѣхъ же условій, въ средѣ которыхъ они совершили преступленія; ставшихъ еще болѣе невыносимыми, вслѣдствіе различныхъ утилитарныхъ экспериментовъ мѣстныхъ представителей уголовной политики, которая подчасъ узаконяетъ такія вещи, отъ которыхъ у средневѣковаго варвара волосы стали бы дыбомъ.

Во всякомъ случаѣ единственное, чего можетъ желать государство и общество отъ преступника, это—чтобъ онъ не вредилъ ему; идти дальше этого оно не въ правѣ, потому что само отказалось уже отъ непреложности нравственнаго критерія который одинъ могъ бы оправдать воздѣйствіе на личность преступника. Но если государство и общество безполезно тратитъ безчисленные милліоны на устройство и содержаніе тюремъ, на администрацію и охрану ссыльныхъ колоній, то не спра-

ведливѣе ли и не цѣлесообразнѣе ли будетъ оставить эти милліоны на другія болѣе достойныя нужды и, отказавшись воздвигать тюрьмы и эшафоты, спасти тѣмъ и народъ, и войско и слугъ государства отъ растлѣвающаго вліянія актовъ насилованія беззащитнаго человѣка человѣкомъ и тѣмъ способствовать воспитанію чувствъ народныхъ въ духѣ правды и добра. Кто можетъ предсказать въ самомъ дѣлѣ во что выразится нравственное растлѣніе, вносимое тюрьмой въ общество, тюрьмой, гдѣ скопляется иногда чуть не цѣлая сотая часть населенія, разнося заразу вокругъ? Кто поручится, что войско и администраторы, привыкшіе распоряжаться беззащитно личностью государственнаго раба—преступника, не усвоятъ себѣ этой привычки и въ отношеніи къ свободнымъ гражданамъ? Кто поручится однимъ словомъ, что тюрьма не будетъ могилой свободы и самихъ гражданъ?...



СОДЕРЖАНІЕ.